

Doble Grado en Administración y Dirección de Empresas y en Derecho

Curso 2019/2020

Sustracción internacional y retorno del menor: aspectos clave de su evolución normativa en el marco de la UE

Autor/a: Aitana De La Torre Álvarez

Director/a: Irene Ayala Cadiñanos

Bilbao, a 18 de febrero de 2020



Índice

1. Introducción	3
1.1. Resumen	3
1.2. Objetivos	4
1.3. Motivación	4
1.4. Estructura	5
1.5. Metodología	5
2. Sustracción internacional de menores: Aproximación conceptual	6
2.1. Concepto de sustracción internacional de menores y ámbitos de regulación	6
2.2. El derecho de custodia: importancia de su definición en un marco legal discordante	8
2.3. El interés superior del menor	10
3. El retorno del menor a su residencia habitual: regulación vigente	12
3.1. Régimen internacional y régimen particular en el ámbito de la UE	12
3.1.1. Regulación de la sustracción internacional de menores: cuestiones en presencia ...	12
3.1.2. El Convenio de La Haya de 1980 como piedra angular del sistema	14
3.1.3. Singularidades de la regulación UE en la materia: Reglamento 2201/2003	16
3.2. Procedimiento de retorno	17
3.2.1. Acción directa de restitución del menor	17
3.2.2. Procedencia o no de la restitución	19
3.2.3. Las excepciones al retorno del menor	20
3.3. El riesgo grave para el menor como excepción al retorno	22
3.3.1. Contenido e interpretación de sus términos	22
3.3.2. Extensión y límites	24
3.3.3. Riesgo grave en casos de violencia de género	26
3.3.4. Necesidad de reforma y adecuación del sistema	28
3.4. Modificaciones proporcionadas por el R.2201/2003 al sistema del CLH 1980	30
3.4.1. Procedimiento	30
3.4.1.1. Precisión y ampliación de la necesidad de audiencia a los interesados	30
3.4.1.2. Duración del procedimiento	31
3.4.1.3. Medidas para asegurar la protección del menor	32
3.4.2. Refuerzo del sistema de retorno: el denominado “mecanismo de revisión”	33
4. Reformas introducidas por el Reglamento 2019/1111	37
4.1. La Refundición del R.2201/2003: el R. 2019/1111	37
4.2. Procedimiento de restitución en el nuevo Reglamento	38
4.2.1. El derecho del menor a expresar su opinión en los procedimientos de restitución ..	38
4.2.2. La incorporación de un plazo común para el procedimiento de sustracción en cada una de sus fases	39
4.2.3. Medidas para mejorar la eficacia del sistema en casos de aplicación del artículo 13.I.b) del CLH 1980	39
4.2.4. Recomendaciones para casos de sustracción	41
4.3. Las excepciones al retorno del menor en Reglamento 2019/1111	42
4.4. El “mecanismo de revisión” en un marco de supresión de exequátur	43
5. Conclusiones	45
6. Bibliografía y documentación	49

ABREVIATURAS

CC.	Código Civil
CLH de 1980	Convenio de La Haya de 1980
CLH de 1996	Convenio de la Haya de 1996
EEMM	Estado Miembros
HCCH	Conferencia de la Haya
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
R. 2201/2003	Reglamento 2201/2003
R. 2019/1111	Reglamento 2019/1111
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo)
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Luxemburgo)
UE	Unión Europea

1. Introducción

1.1. Resumen

La sustracción internacional de menores se manifiesta como un fenómeno creciente en las últimas décadas. La globalización ha supuesto la ruptura de las barreras políticas y culturales existentes, dando lugar a la libertad de circulación de los sujetos en un entorno global. Este hecho, ha derivado en la proliferación de los traslados o retenciones de menores que involucran cada vez a más países y que manifiestan características cada vez más diversas. Por lo que, a día de hoy, se requiere de unas respuestas más amplias y adaptadas a las nuevas realidades sociales que se presentan.

En el ámbito del Derecho internacional privado, concretamente en el marco de la cooperación entre autoridades, existen diversos instrumentos normativos que establecen procedimientos específicos de retorno rápido del menor a su país de residencia habitual anterior, con el objetivo de restablecer la situación alterada por la acción ilícita del sustractor. En concreto, el Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980¹ se configura como la herramienta principal en la materia. Asimismo, en un entorno intracomunitario se sitúa el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental² que desempeña un papel importante en los casos en los que la sustracción tenga lugar en un espacio europeo.

A pesar de la efectividad de las respuestas proporcionadas por ambos instrumentos a lo largo de los años, la evolución social presenciada ha originado una nueva realidad que demanda soluciones que se adapten a la misma, sobre todo en los supuestos vinculados a la violencia de género. Así pues, desde la UE se ha decidido llevar a cabo una revisión de sus normas para así “intentar adecuarse” a las nuevas necesidades y ofrecer soluciones más efectivas en un marco comunitario. Esto ha derivado en la aprobación del nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 del

¹HCCH. Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de agosto de 1987, núm.202, p. 26099 a 26105.

²Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 23 de diciembre de 2003, núm.338.

Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores³.

1.2. Objetivos

El trabajo proyectado se centra en analizar la normativa encargada de regular el procedimiento específico de cooperación entre autoridades dirigido a conseguir la restitución inmediata del menor sustraído a su país de residencia habitual anterior. Para llevar a cabo esta tarea, observaremos los diferentes instrumentos legales que integran en la actualidad el ordenamiento jurídico español, centrándonos en particular en aquellos que rigen en el ámbito de la Unión Europea. Mediante el correspondiente análisis perseguiremos un doble objetivo:

- Por un lado, identificar los elementos de la regulación que han planteado o plantean problemas de aplicación en relación con el procedimiento de retorno del menor.
- Por otra parte, establecer en qué medida el legislador europeo se ha adecuado a las nuevas necesidades y demandas actuales, precisando las posibles mejoras e ineficiencias que el R. 2019/1111 puede proporcionar.

1.3. Motivación

La actualidad del tema tratado a lo largo del trabajo, especialmente a partir de la publicación del nuevo Reglamento 2019/1111, y la problemática que rodea la sustracción de menores en el ámbito de la familia, han sido los motivos principales para la elección del tema. La preocupación social por los casos de sustracción internacional de menores se ha visto aumentada, gracias en gran parte a los medios de comunicación que tienden cada vez más a informar de estas cuestiones⁴. En España, sólo es necesario destacar varios casos para poder corroborar esta afirmación. Entre ellos, el “caso Juana Rivas”⁵, aquella ciudadana española que en el año 2016 trasladó a sus hijos desde Italia hasta España alegando violencia de género por parte de su marido. Y, asimismo, el “caso María José Carrascosa”⁶, mujer de nacionalidad

³ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2 de julio de 2019, núm. 178.

⁴ MUCHA, M.; GONZÁLEZ DE VEGA, B., 2019. “Los 233 niños secuestrados (por sus madres)”. *El mundo*. [en línea]. 8 de abril. Disponible en: <https://www.elmundo.es/cronica/2019/04/08/5ca88aa921efa0ad4b8b4604.html> [consulta: septiembre de 2019] y GIL, S. 2019. “María Ugarte la nueva Juana Rivas, denunciada por “secuestrar a su hija” tres años en Uruguay”. *El español*. [en línea]. 4 de octubre. Disponible en : https://www.elespanol.com/reportajes/20191004/maria-ugarte-juana-rivas-denunciada-secuestrar-uruguay/434207109_0.html [consulta: octubre 2019].

⁵ Para más información consultar: SJP Granada 257/2018, 18 de julio, Ref. ARANZADI : JUR 2018\204233.

⁶ Para una mayor información sobre la resolución consultar: Estados Unidos, *Carrascosa v. McGuire*, 520 F.3d 249 (3rd Cir. 2008), Ref. INCADAT: HC/E/ES 970.

española que desplazó consigo su hija desde Estados Unidos a España en 2005 y fue condenada por los tribunales estadounidenses a cumplir 12 años de cárcel por un delito de sustracción internacional de menores.

1.4. Estructura

En lo que se refiere a la estructura del trabajo, se ha articulado siguiendo un criterio racional que permita tener un conocimiento amplio y, en la medida de lo posible, exhaustivo de la materia objeto de estudio. En base a esto, el presente trabajo se divide principalmente en tres partes.

En la primera de ellas, nos centraremos en realizar una aproximación conceptual a la sustracción internacional de menores, con la finalidad de precisar los elementos necesarios para calificar el traslado o retención de un menor como ilícito. Seguidamente, dedicaremos la segunda parte del trabajo a analizar la regulación actual vigente en el ordenamiento jurídico español relativa al retorno del menor a su país de residencia habitual. En mayor medida, nos concentraremos en concretar el procedimiento establecido por el instrumento normativo europeo vigente en la materia, para a su vez, identificar las peculiaridades que el mismo presenta cuando la sustracción tenga lugar entre Estados Miembros. Asimismo, profundizaremos en la excepción al no retorno más controvertida que el sistema establecido contempla, esto es, la del artículo 13.I.b) del CLH de 1980, determinando el contenido e interpretación de sus términos, sus límites, además de su aplicación por la jurisprudencia comparada. Y, por último, realizaremos un análisis de la nueva regulación adoptada en el marco de la Unión Europea, para así identificar las nuevas novedades procedimentales que este instrumento presenta y establecer en qué medida se ha adaptado a las demandas suscitadas respecto a su antecesor en la materia.

1.5. Metodología

Para la realización del presente trabajo se ha hecho uso de legislación, principalmente, de aquella integrada en el ordenamiento jurídico español referente a la sustracción internacional de menores en el marco de la cooperación entre autoridades. Asimismo, se ha realizado una revisión de jurisprudencia nacional, internacional y comparada para así determinar la aplicación práctica que se le ha dado a estas regulaciones. Y, por último, para poder profundizar en el análisis objeto de estudio, se ha acudido tanto a artículos como a partes de manuales dedicados al Derecho Internacional Privado que profundizan en las cuestiones relativas a la sustracción internacional de menores.

2. Sustracción internacional de menores: Aproximación conceptual

2.1. Concepto de sustracción internacional de menores y ámbitos de regulación

El Ministerio de Justicia define esta sustracción como “aquella situación en la cual, uno de los progenitores (el progenitor sustractor) de manera unilateral, es decir, sin el consentimiento del otro progenitor (el progenitor privado del menor) sin autorización judicial, traslada o retiene a un hijo menor de 16 años desde el Estado donde éste reside habitualmente a otro Estado diferente de manera ilícita, esto es, sin estar autorizado para hacerlo”⁷.

Esta definición parte de la formulada por el Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (en adelante CLH de 1980), instrumento normativo internacional fundamental en esta materia. Así el artículo 3 del Convenio establece que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

“a) cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.⁸.

De manera que para poder determinar si nos encontramos ante un supuesto de sustracción, será necesaria la concurrencia de diversas condiciones: por un lado, el traslado o retención transfronteriza de un menor, y, por otro, la violación de un derecho de custodia. El derecho de custodia vulnerado puede corresponder a una persona, a una institución o a un organismo y su atribución viene previamente determinada por la legislación del Estado en el que radicaba el centro social de vida del menor en el momento inmediatamente anterior al

⁷Ministerio de Justicia [en línea][fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019]. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/tramites-internacionales/sustraccion-internacional>

⁸ Esta definición se incluye, con un contenido análogo, en los diferentes textos legales, tanto de naturaleza internacional como nacional, que regulan las medidas a adoptar frente al traslado o retención ilícita de un menor de carácter transfronterizo.

traslado⁹. A su vez, la vulneración de un derecho de custodia va más allá de la pura atribución formal del mismo. Será también necesario el ejercicio efectivo de dicho derecho por parte del titular en un momento anterior al traslado del menor, tal y como se desprende del artículo 3.I.b) del CLH de 1980¹⁰. Este elemento se encuentra reforzado por la regulación del propio Convenio que, más adelante, establece como una de las causas de excepción al no retorno, la prueba del no ejercicio efectivo de este derecho por parte de aquél que requiere la restitución (artículo 13.I.a).

Tanto el CLH de 1980 en su artículo 4, como los diferentes instrumentos normativos en la materia, limitan su protección a los menores de dieciséis años. Pérez Vera, en el Informe Explicativo del Convenio, explica las razones de tal limitación: “el motivo resulta de los propios objetivos convencionales; en efecto, una persona de más de dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial o administrativa”¹¹.

Como se ha podido observar, la sustracción implica un cambio del país donde el menor se encuentra “de facto”, cambio que puede, en función del caso, implicar un cambio en la residencia habitual del menor. Tales cambios pueden tener transcendencia tanto en la identificación de la autoridad competente para adoptar las medidas de protección y las decisiones relativas a la responsabilidad parental del mismo, como en la determinación del Derecho material aplicable a tales cuestiones o en el reconocimiento y ejecución de resoluciones vinculadas a la responsabilidad parental del niño.

En el ámbito del Derecho Internacional privado se han desarrollado diferentes normativas con el fin de impedir que el traslado o retención ilícitos produzcan una modificación del marco jurídico relativo a la responsabilidad parental. Por una parte, los instrumentos que regulan la competencia judicial internacional (en adelante CJI) para pronunciarse sobre el fondo de los derechos de responsabilidad parental sobre el menor, incluyen una regulación específica para la determinación de la CJI en casos de sustracción internacional que, por regla general, siguen atribuyendo a los órganos jurisdiccionales del Estado parte en el que residía habitualmente el menor en un momento anterior al traslado o retención¹². La carencia de este

⁹ CALVO CARAVACA, A. Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional Privado*. Décimo octava edición. Granada, Comares, 2018, p. 604.

¹⁰ AAP Pontevedra 133/2006, de 5 de julio de 2006, Ref. ARANZADI: AC 2010\715, FJ 3.

¹¹ PÉREZ VERA, E., *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, §77, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>

¹² *Vid.* Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños (artículo

tipo de foros especiales supondría en muchos casos la modificación del foro de CJI para conocer sobre las cuestiones de responsabilidad parental. La normativa internacional y comparada incluye también medidas específicas de reconocimiento y ejecución relativas a la responsabilidad parental, con la finalidad de paliar o evitar los efectos negativos del secuestro.

Pero es quizá en el marco de la cooperación de autoridades donde encontramos un mayor volumen de regulación en la materia. En particular, la cooperación tiene como objetivo combatir la ilegalidad del traslado a partir del establecimiento de un procedimiento rápido de retorno en el que participan tanto las autoridades del país donde el menor se encuentra como las del Estado de residencia habitual del niño anterior a la sustracción.

En el presente trabajo, nos centraremos en analizar la normativa destinada a regular ese procedimiento específico de cooperación entre autoridades, contemplado como vía para la inmediata restitución del menor sustraído de forma ilícita. Para ello, tendremos en cuenta los diferentes instrumentos normativos vigentes en la actualidad en el ordenamiento español, centrándonos en particular en los que se han elaborado en el ámbito de la UE.

2.2. El derecho de custodia: importancia de su definición en un marco legal discordante

Si para calificar como ilícito el traslado o la retención de un menor es necesaria la vulneración de un derecho de custodia, resulta evidente la importancia de la constatación de la existencia tal derecho y de la definición de su contenido. El Convenio, en el artículo 5.a), establece en primer lugar un contenido genérico para este derecho¹³, introduce un elemento de mayor concreción al indicar que incluye en todo caso el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor: “el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”¹⁴. Para explicar la necesidad de una cierta precisión de este concepto jurídico en el CLH de 1980, Pérez Vera menciona que “siguiendo una tradición muy arraigada a la Conferencia de La Haya, el Convenio no define los conceptos jurídicos de los que se sirve. No obstante, en este artículo precisa el sentido en el que se utilizan los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita,

7) y Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (artículo 10).

¹³LÁZARO GONZÁLEZ, I.; EZQUERRA UBERO, J.J., ‘El “derecho de custodia” en la jurisprudencia sobre la sustracción internacional de menores’ *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. 2011, núm. 83-84, p. 294.

¹⁴El artículo 2.9 del R. 2201/2003 y el artículo 2.II. 9 del R. 2019/1111 establecen de forma análoga que por derecho de custodia se entienden “los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia”.

dado que una interpretación incorrecta de su alcance podría poner en peligro los objetivos del Convenio”.

El carácter autónomo del derecho de custodia regulado por el CLH de 1980 u otros instrumentos internacionales análogos, permite establecer en cada caso particular la existencia o no de secuestro. Sin embargo, es necesario constatar que será el ordenamiento interno del Estado de residencia habitual del menor quien determine la titularidad, el contenido y el ejercicio del derecho en cuestión¹⁵. Conforme a éste se establecerá, en el marco de la atribución y el ejercicio de la responsabilidad parental, a quién le corresponde tanto el cuidado de la persona del menor como la facultad de decidir sobre su país de residencia habitual.

La disparidad en la concepción del derecho de custodia, incluso en la propia terminología de los derechos asociados a la responsabilidad parental, entre las diferentes legislaciones estatales en la materia, ha provocado en ocasiones problemas en su aplicación. No siempre resulta sencillo determinar si conforme al Derecho del país de residencia habitual del menor, el progenitor que solicita su restitución es titular, de manera separada o conjunta, del derecho asociado al cuidado del menor y, a su vez, si tal derecho puede disociarse del derecho a decidir sobre su lugar de residencia. Asimismo, el contenido mínimo del Convenio implica que surja un conflicto cuando una solicitud de retorno involucre a Estados que tienen en sus ordenamientos internos un concepto diferente¹⁶ de custodia, tal y como se ha podido observar en casos como *Hunter v. Murrow*¹⁷ o el *de Abbott v. Abbott*¹⁸.

En lo que respecta a la regulación material de la responsabilidad parental en nuestro ordenamiento, resulta necesario hacer una distinción entre la “patria potestad” y la denominada “guarda y custodia”. En el marco del derecho a la patria potestad, regulado en el artículo 154 y ss. del Código civil español (en adelante CC), se reconoce a ambos progenitores las funciones de velar por los hijos menores o incapacitados, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, y a su vez, representarlos y administrar sus bienes. Este derecho, como regla general¹⁹, corresponde a ambos progenitores, incluso cuando exista la ruptura de una pareja; la única modificación que se podrá apreciar cuando esto ocurra,

¹⁵ Artículo 3.I.a) del CLH de 1980; “(...) con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”.

¹⁶ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2016, vol.8, núm.2, p. 81-82.

¹⁷ Reino Unido, *Hunter v. Murrow* [2005] EWCA Civ 976, Ref. INCADAT: HC/E/UKe 809.

¹⁸ Estados Unidos, *Abbott v. Abbott*, 542 F.3d 1081 (5th Cir. 2008), Ref. INCADAT: HC/E/US 989.

¹⁹ Artículo 156 CC. “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro. (...)”.

se puede corresponder con la titularidad del derecho de guarda y custodia sobre el menor que puede resultar atribuida a ambos progenitores o, por el contrario, exclusivamente a uno de ellos. De forma precisa, este último derecho²⁰ implica el cuidado diario y cotidiano del menor, por lo que la jurisprudencia en los últimos años viene considerando que el mismo se encuentra integrado entre las facultades de la patria potestad²¹. En consecuencia, la atribución exclusiva de la guarda y custodia de un menor a uno de los progenitores no conlleva que el titular de este derecho tenga la libertad de decidir, con carácter unilateral, el domicilio de dicho menor²².

En este sentido, la Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores establece que: “un traslado con cambio de residencia de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad, **es un traslado ilícito**, aún en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida al progenitor que lleva a cabo el traslado”²³. Esto nos lleva a concluir que cuando España sea el país de residencia habitual del menor, previo a la sustracción, no se deberá tener en cuenta únicamente si el progenitor ostenta el derecho de custodia sobre el niño, sino que se deberá atender sobre todo a quién o quiénes corresponde la titularidad de la patria potestad conforme al Derecho material español²⁴, para así poder llegar a calificar el traslado o retención de un menor como ilícito en función de que haya tenido o no lugar con el consentimiento de todos los titulares de la misma.

2.3. El interés superior del menor

Toda la normativa relativa a la protección de los menores, tanto en su formulación como en su aplicación, debe tener como fundamento el interés superior del menor. Entre la regulación internacional de los derechos fundamentales cabe mencionar, entre otras²⁵, la Convención de los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989²⁶, que en su artículo 3.I dispone que las medidas adoptadas por cualquier institución, bien sea pública o privada, por las autoridades administrativas o los

²⁰ LÁZARO GONZÁLEZ, I.; EZQUERRA UBERO, J., *op. cit.*, pp. 313-314.

²¹ Fiscalía General del Estado, *Circular 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, España, 2015, FIS-C-2015-00006, p. 84.

²² SAP Castellón 54/2010, de 10 de septiembre, Ref. ARANZADI: JUR 2011\25772, FJ 2.

²³ Fiscalía General del Estado, *doc. cit.*, p. 86.

²⁴ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *op. cit.*, p. 82.

²⁵ Carta Europea de los Derechos del Niño. *Boletín Oficial de la Comunidad Europea* C 241, 21 de septiembre de 1992 y Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1990.

²⁶ Asamblea General de la Naciones Unidas. Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1990, núm. 313, p. 38897 a 38904.

órganos legislativos, deben siempre tener en cuenta el ya mencionado interés. Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁷, lo incluye en su artículo 24.3, estableciendo que entre los derechos de los niños se encuentran; el derecho a su protección, a expresar su opinión libremente o “el derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.

Cabe matizar que el interés superior del menor es un principio “obligador”, y no sólo “inspirador” para los diferentes instrumentos internacionales como se había considerado tradicionalmente, ya que es una garantía y una manera de salvaguardar los derechos subjetivos de los menores a partir de una doble función: interpretativa y de resolución de conflictos entre derechos²⁸.

Respecto a los textos internacionales que regulan el procedimiento de retorno del menor en casos de sustracción, el CLH de 1980 establece ya en su preámbulo la necesidad de proteger al menor en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle el traslado o retención ilícito, relacionando dicho interés con la restitución inmediata del menor a su lugar de residencia anterior. En el momento de elaboración del Convenio el prototipo de sustractor que se tenía en mente era aquél que no ostentaba un derecho de custodia sino únicamente uno de visita, generalmente el padre. Por tanto, este instrumento internacional concentra sus esfuerzos en la restitución del menor, asegurando de esta manera “no sólo el retorno al entorno habitual del menor sino la vuelta a su cuidador primario, la madre”²⁹. Además, los instrumentos normativos europeos en la materia han seguido la misma línea incorporando también en su Preámbulo el concepto de interés superior del menor, estableciendo que las disposiciones contenidas en estas normas deben siempre aplicarse en función de dicho principio.

Sin embargo, cabe señalar que este principio suscita múltiples interrogantes. Su formulación genérica deriva en que el interés superior del menor deba ser concretado en cada caso. El juzgador competente deberá observar las circunstancias concretas tanto personales como del entorno de cada niño³⁰, para así llegar a identificar dicho interés y en base al mismo

²⁷ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea* C 83/389, 30 de marzo de 2010.

²⁸ Uruguay, XX c/ ZZ s/ reintegro de hijos, Ref. INCADAT: HC/E/UY 1322, Considerando II.

²⁹ RÓDRÍGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimiento en Bruselas y la Haya”. *Revista electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*. 2018, núm.35, p. 5.

³⁰ El Tribunal Constitucional indica que el juez competente debe valorar “el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar”. STC 16/2016, de 1 de febrero de 2016, Ref. ARANZADI: TC 2016\16, FJ 10.

proceder a la adopción de la correspondiente decisión sobre su retorno o no (excepcionalmente) a su país de residencia habitual anterior. Además, en la práctica, este trabajo no resulta nada fácil debido al amplio margen de discrecionalidad que deja al órgano competente dictar la solución más conveniente para el menor en cada supuesto. Reiterada jurisprudencia, al hilo de lo establecido en el CLH de 1980, ha venido relacionando a lo largo de los años el interés superior del menor con la restitución inmediata del mismo a su lugar de residencia habitual anterior para así restablecer la situación considerada ilícita. De manera excepcional, debido al carácter estricto de las excepciones al retorno contenidas en el CLH de 1980, y, aún más limitadas por los reglamentos europeos, son escasos los supuestos en los que este principio se ha vinculado con la no restitución.

3. El retorno del menor a su residencia habitual: regulación vigente

3.1. Régimen internacional y régimen particular en el ámbito de la UE

3.1.1. Regulación de la sustracción internacional de menores: cuestiones en presencia

No cabe duda de que el principal perjudicado del traslado o retención ilícito y, a su vez, quién sufre las consecuencias directamente, es el propio menor. Es separado de su entorno familiar, social y, también, escolar, además de sufrir el alejamiento geográfico respecto a su otro progenitor³¹. La protección del menor ante estas situaciones, desde el punto de vista regulatorio, puede tener una dimensión tanto civil como penal. En efecto, el traslado o retención de un menor con la consiguiente vulneración de un derecho efectivo de custodia además de ser un ilícito civil, también puede constituir un delito penal³².

Dentro de la regulación inherente al ámbito civil, se establecen diversos tipos de medidas que persiguen objetivos estrechamente relacionados entre sí. Por un lado, se regulan procedimientos específicos que tienen como finalidad principal el retorno del menor al propio Estado de residencia habitual anterior. Por otro, en el marco de los procesos civiles orientados a determinar la responsabilidad parental sobre el menor, en particular, la titularidad del derecho de custodia y de visita sobre el mismo, se incluyen normas específicas para evitar que el traslado del niño a otro Estado implique un cambio en el foro de CJI contrario al interés superior

³¹ CALVO CARAVACA, L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pp. 597-598.

³² El Código Penal español tipifica el delito de sustracción de menores en su artículo 225 bis, estableciendo que “el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años”. En caso de que el menor se traslade fuera de España, la pena señalada se impondrá en su mitad superior.

del menor. Ambos procedimientos, aquel cuyo único objeto es decidir sobre la procedencia del retorno y aquél en el que se sustancia la responsabilidad parental, pueden ser paralelos en el tiempo, y, en su caso, llevados a cabo por autoridades competentes localizadas en diferentes Estados. Finalmente, y aunque de forma excepcional, podemos encontrar también procedimientos específicos para reconocer y ejecutar, de manera rápida, las decisiones sobre retorno dictadas por un tribunal de un Estado distinto a aquel en el que el niño se encuentra, como veremos más adelante.

En lo referente a las fuentes de regulación, los supuestos de sustracción de menores con dimensión transfronteriza exigen, para una mayor eficacia, que su generación en un plano internacional se articule sobre la base de la cooperación entre Estados. Esta cooperación interestatal puede organizarse mediante convenios de naturaleza internacional, bilaterales o multilaterales. Dentro de la Unión Europea (en adelante UE), la asunción de competencias normativas de sus instituciones en el marco de la realización del espacio de “Justicia, libertad y seguridad” ha permitido también la adopción de normas particulares en el espacio de la UE relativas a la sustracción internacional de menores, incluidas dentro de algunos reglamentos de la Unión.

El objetivo primordial de estos textos de fuente supranacional, aplicables a los Estados participantes, es disminuir las consecuencias negativas que produce el cambio de residencia del menor. Como hemos mencionado, una parte importante de esta regulación tiene como objetivo conseguir la restitución de éste a su país de residencia habitual anterior, restableciendo así, en la medida de lo posible, la situación precedente al traslado³³. En este trabajo nos vamos a centrar en esa regulación y en algunos de los aspectos de su aplicación que han resultado más problemáticos.

El CLH de 1980 es la principal fuente de derecho en lo relativo a la sustracción de menores en el ámbito internacional, ya que únicamente se centra en regular este asunto de manera extensa. En concreto, introduce un mecanismo de cooperación entre Estados parte, dirigido a obtener la restitución inmediata del menor trasladado o retenido, a su país de residencia habitual anterior. En lo que respecta a la UE, nos encontramos con el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante R. 2201/2003), que incorpora la regulación del CLH de 1980 introduciendo algunas

³³ LÁZARO GONZÁLEZ, I.; EZQUERRA UBERO J., *op. cit.*, p. 292.

modificaciones particulares, que serán de aplicación por los tribunales de los Estados Miembros (en adelante EEMM) de la UE cuando el traslado o retención tenga lugar entre ellos³⁴. A pesar de que las instituciones europeas consideran que este instrumento funciona correctamente y que ha aportado importantes beneficios a los ciudadanos, se ha visto la necesidad de introducir mejoras³⁵, adoptando así el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (en adelante R. 2019/1111). Este nuevo instrumento europeo supone un intento de “adaptación” de la normativa intercomunitaria a las nuevas situaciones y a los problemas relativos a la responsabilidad parental que se han venido presentando en los últimos años.

3.1.2. El Convenio de La Haya de 1980 como piedra angular del sistema

En primer lugar, es necesario destacar que el CLH de 1980, es un tratado internacional que cuenta con un numeroso grupo de Estados contratantes, 101 países³⁶ en la actualidad, entre ellos España, convirtiéndose así en el instrumento internacional primordial de cooperación en la materia. Contiene normas orientadas fundamentalmente a conseguir la inmediata restitución del menor a su país de residencia habitual anterior al traslado, pero no regula las cuestiones relativas al fondo de la responsabilidad parental³⁷. Este Convenio se aplica en los casos en los que el menor ha sido trasladado o retenido en uno de los Estados contratantes si, a su vez, este menor tuviera su residencia habitual en otro Estado parte de este instrumento normativo inmediatamente antes del traslado o retención (artículo 4).

Persigue dos objetivos principales, tal y como se manifiesta en su artículo primero: por un lado, pretende restablecer el *statu quo* mediante la restitución inmediata de los menores, trasladados o retenidos, a su Estado de residencia habitual anterior; por otro³⁸, centra sus

³⁴El R.2201/2003 tiene primacía sobre el CLH de 1980 cuando la sustracción del menor se lleve a cabo dentro de los EEMM de UE (artículo 60.2 del R. 2201 /2003).

³⁵Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea). *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, Al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000*, en Bruselas, 2014, , p. 19, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0225>

³⁶El número total de Estados contratantes del Convenio asciende a un total de 101, con las últimas incorporaciones de Cuba (entrada en vigor 1-XII-2018) o Guyana (entrada en vigor el 1-V-2018), debido al aumento de solicitudes de menores que son sustraídos internacionalmente por alguno de sus progenitores. Disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. [Fecha de última consulta 31/01/2020].

³⁷ PÉREZ VERA, E., *doc. cit.*, §39.

³⁸CALVO CARAVACA, L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pp. 603-604.

esfuerzos en que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados parte se respeten en los demás. A pesar de que ambos objetivos se enmarcan en un mismo fin, en la práctica, la regulación del Convenio se enfoca fundamentalmente a conseguir la restitución inmediata del menor a su país de residencia habitual anterior a la retención. De esta forma, se pretende restablecer la situación alterada por la acción ilícita del sustractor³⁹, para así evitar que se consolide *de facto* o *de iure* la situación a la que ha dado lugar la sustracción⁴⁰.

Para conseguir sus objetivos, el CLH de 1980 insta un sistema de cooperación directa entre Autoridades Centrales de cada Estado, encargadas de coordinar dicha cooperación a partir de la adopción de las medidas adecuadas orientadas a garantizar la restitución inmediata del menor a su país de residencia habitual anterior, para así lograr los objetivos del Convenio (artículo 7). Sin embargo, “el Convenio no especifica en absoluto cuáles deben ser la estructura y la capacidad de acción de las Autoridades Centrales, dos aspectos que serán necesariamente regidos por la ley interna de cada Estado contratante”⁴¹.

No obstante, el Convenio si precisa las principales obligaciones encomendadas a las Autoridades Centrales en estos supuestos, dejando de esta manera a decisión de cada Estado contratante la determinación de las medidas adecuadas para su cumplimiento en base a su normativa interna. Destacar que no se obliga a estas Autoridades a cumplir, en todos los casos, todas las tareas contenidas en el apartado 2 del artículo 7 del CLH de 1980; ya que serán las circunstancias concretas de cada supuesto las que permitan considerar cuáles serán los cometidos a llevar a cabo por estas Autoridades⁴².

Cabe matizar que el CLH de 1980, ha sido objeto de crítica a lo largo de estos últimos años, la mayoría de ellas por no permitir valorar de manera adecuada el interés superior del menor en cada caso en concreto, al priorizar la restitución del mismo a su país de residencia habitual⁴³. Relacionar el interés superior del menor con la restitución inmediata a su país de residencia habitual a la hora de elaborar el Convenio, se corresponde con el caso tipo que en el momento de redacción del Convenio se daba con más frecuencia: el progenitor sustractor que tenía atribuido un derecho de visita, generalmente el padre, trasladaba o retenía de forma ilícita al menor, vulnerando de esta manera el derecho de custodia exclusivo del otro progenitor, la

³⁹PÉREZ VERA, E., *doc. cit.*, §17

⁴⁰CALVO CARAVACA, L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 610.

⁴¹PÉREZ VERA, E., *doc. cit.*, §45.

⁴²*Ídem.*

⁴³RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor.”, *op. cit.*, p. 2.

madre. En consecuencia, el Convenio pretendió asegurar “no sólo el retorno al entorno habitual del menor sino la vuelta con su cuidador primario, la madre”.

Las posiciones críticas consideran que el tiempo transcurrido desde la redacción del Convenio hace que sus normas se alejen a veces de una realidad social que, en los últimos años, ha dado lugar tanto a nuevas formas de familia (no necesariamente heterosexuales), así como a diferentes fórmulas para la atribución de la custodia del menor, con una presencia cada vez más intensa de la custodia conjunta entre ambos progenitores.

En consecuencia, la apreciación de la solución mejor para el interés del menor puede necesitar interpretaciones más amplias. Cada vez son más los casos en los que las sustractoras son las anteriormente consideradas “cuidadoras primarias” que, en muchas ocasiones, huyen con los menores de situaciones de violencia doméstica, bien contra la mujer o bien contra los menores. Esto supone que el interés del menor pueda no siempre ser necesariamente asociado al retorno. Por lo tanto, más que nunca, será necesario un análisis riguroso de las circunstancias del caso y de los derechos subjetivos propios del menor para así poder determinar el interés superior del menor en cuestión⁴⁴.

3.1.3. Singularidades de la regulación UE en la materia: Reglamento 2201/2003

Dentro de la UE, el R. 2201/2003 es, de momento, el instrumento normativo en vigor en lo relativo a las normas de Derecho internacional privado de carácter procesal en materia de responsabilidad parental. Es aplicable a todos los EEMM salvo a Dinamarca. Contiene normas relativas a la determinación de la competencia judicial internacional⁴⁵ y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental.

Incluye también normas particulares relativas al procedimiento de restitución del menor para los casos de sustracción. El procedimiento de restitución debe estar regido de acuerdo a los principios de interés superior del menor y de celeridad⁴⁶. El sistema incorpora al ámbito de la UE la regulación del CLH de 1980, pero con ciertos matices y límites. Las modificaciones persiguen corregir algunos de los problemas señalados en la aplicación práctica del Convenio,

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁴⁵ En lo relativo a determinación de la CJI en los supuestos de sustracción internacional de menores, el artículo 10 del R. 2201/2003 determina que “los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro estado miembro y (...)”.

⁴⁶ LIÉBANA ORTIZ, J.R., “ El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR* 13, 2015, pp. 93-94.

reforzar los mecanismos de colaboración entre Autoridades Centrales, y reforzar el papel de los órganos jurisdiccionales del país de origen del menor, con la supresión del exequátur para algunas resoluciones relativas al retorno del menor pronunciadas por éstas⁴⁷.

Es decir, el sistema de los EEMM de la UE para el retorno en supuestos de una sustracción internacional de menores entre estos, sigue siendo el del CLH 1980, redefinido o desarrollado en algunos aspectos conforme a las disposiciones del R. 2201/2003, en particular las recogidas en su artículo 11. Estas singularidades se aplicarían cuando la sustracción tenga lugar entre Estados Miembros de la UE, con excepción de Dinamarca.

3.2. Procedimiento de retorno

La regulación sobre sustracción internacional de menores con la que contamos en la actualidad centra sus esfuerzos en la restitución inmediata del menor. Esto se debe a que el CLH de 1980 se inspira en el principio *solve et repete*, esto es, antes de nada, se retorna al menor, y en un procedimiento diferente, se establece a quien corresponden los derechos de custodia y guarda⁴⁸ y otros aspectos de fondo de la responsabilidad parental.

3.2.1. Acción directa de restitución del menor

El procedimiento de restitución contenido tanto en el CLH de 1980 como en el R.2201/2003, concentran sus esfuerzos en una colaboración entre Autoridades Centrales o las autoridades competentes en los respectivos Estados para de esta manera garantizar la restitución inmediata del menor a partir de la adopción de las medidas necesarias que lo faciliten, siempre que no haya transcurrido un año desde el traslado o retención (artículo 7). La colaboración que se requiere debe darse entre el Estado de residencia habitual anterior del menor y el Estado al que el mismo ha sido trasladado. En este sentido se habla de Estado de origen o Estado requirente para referirnos al primero y Estado de refugio o Estado requerido para el segundo de ellos.

El ejercicio de la acción de restitución es el presupuesto básico para el inicio del procedimiento de retorno. Para ello, cualquier persona, institución u organismo que ostente un derecho de custodia sobre un menor que haya sido trasladado o retenido con infracción de dicho derecho, estará legitimada para acudir a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o la de cualquier otro Estado parte del Convenio y de esta manera, solicitar la restitución

⁴⁷ RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor...”, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁸ Fiscalía General del Estado, *doc. cit.*, p. 15.

del niño (artículo 8). Dicha solicitud no implica que el menor deba ser restituido a una persona en concreto, sino que busca el retorno del menor a su país de residencia habitual o, excepcionalmente, a otro país en el que se encuentre su entorno familiar ⁴⁹.

A partir de la solicitud de retorno de un menor, “las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí, y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados” para de esta forma asegurar la restitución inmediata del menor a su país de residencia habitual. Las autoridades del Estado en el que el menor se encuentra son las encargadas de adoptar las medidas necesarias, entre otras: localizar a los menores, adoptar o hacer que se adopten medidas provisionales para evitar que el menor sufra mayores daños, garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable (artículo 7).

No obstante, en caso de que a partir de las medidas adoptadas el retorno no sea posible, las Autoridades Centrales podrán “incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita” conforme a lo establecido en el artículo 7.f). De este modo, serán las autoridades administrativas o judiciales competentes en el Estado al que el niño ha sido trasladado, las encargadas de pronunciarse con carácter urgente sobre la restitución del menor a su país de residencia habitual anterior. En el marco de este procedimiento especial, podrán alegarse las excepciones al no retorno contenidas en los artículos 12 y 13 del CLH de 1980.

En el caso de que las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido no hubieran adoptado una resolución sobre la restitución del menor en un plazo de 6 semanas desde la fecha de inicio de los procedimientos, el demandante o la Autoridad Central del Estado requirente, podrá solicitar una declaración sobre las razones de demora (artículo 11.II).

Nuestro derecho interno, también incorpora una regulación específica sobre esta cuestión en la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (en adelante LEC)⁵⁰. El Capítulo IV bis del Título I del Libro IV recoge las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. Las normas contenidas en este Capítulo serán de aplicación “en los supuestos en los que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor

⁴⁹ CALVO CARAVACA, L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 611.

⁵⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 2000, núm.7.

o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España” (artículo 778 *quáter*, ap. 1).

El tribunal competente para llevar a cabo este proceso será el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, que ostente competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos. En su defecto, será competente al que por turno de reparto le corresponda (artículo 778 *quáter*, ap. 2).

El procedimiento de restitución a seguir en estos supuestos viene establecido en el artículo 778 *quinquies* de esta regulación, para el que el legislador español incorpora la exigencia de “celeridad en el proceso”; “el procedimiento tendrá carácter urgente y preferente” (artículo 778 *quáter*, ap. 5). En consecuencia, el procedimiento deberá completarse, en ambas instancias, en caso de que las hubiere, en un plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud de retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo imposibiliten.

3.2.2. Procedencia o no de la restitución

El CLH de 1980 ordena la restitución inmediata del menor sustraído siempre que no haya transcurrido un año desde el traslado o retención ilícito a otro Estado, ya que, si este plazo transcurre, el menor puede haberse integrado en el nuevo entorno. En caso de que esta integración del menor en el Estado trasladado se demostrase⁵¹, nos situaría ante una de las causas que fundamentaría la decisión de no retorno del menor parte de la autoridad judicial o administrativa competente (artículo 12). El Convenio contempla otras situaciones en las que, incluso no habiendo transcurrido el año, el menor puede no ser restituido a su lugar de residencia habitual anterior, tal y como se contempla en los artículos 12 y 13 del CLH de 1980.

La decisión sobre el retorno del menor sustraído, adoptada por la autoridad competente del Estado requerido, no puede entrar en el fondo del derecho de custodia, o del derecho de visita o de cualquier tipo de responsabilidad parental sobre el menor (artículo 16). Tal resolución, conforme a las normas de CJI, corresponde generalmente al juzgador del Estado de residencia habitual del menor, teniendo en cuenta que son las autoridades de dicho Estado las

⁵¹ Las pruebas de la integración del menor pueden consistir en informes psicológicos sobre las condiciones de vida del menor y su grado de integración social, escolar, etc. CALVO CARAVACA, L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 620.

que se consideran mejor situadas para pronunciarse sobre dicha cuestión⁵². Las mismas cuentan con un acceso directo a los datos y elementos relacionados con la vida del menor y, además, sus decisiones jurídicas pueden ser aplicadas de forma inmediata⁵³.

Por lo tanto, una decisión de restitución acordada en el marco del CLH de 1980 no afecta a la cuestión de fondo del derecho de custodia sobre el menor. Así lo manifiesta la Audiencia Provincial de Barcelona, precisando que se trata de un “Convenio de restitución y en este sentido cabe precisar que la resolución que ordena la restitución en ningún caso se está pronunciando sobre la guarda y custodia, sino que lo que acuerda es la devolución del menor al país donde residía habitualmente para que sean las autoridades competentes de aquel país las que en su caso resuelvan sobre la custodia (...)”⁵⁴.

En tanto la decisión sobre la cuestión de derecho de custodia deberá ser adoptada en un proceso diferente al de restitución, ambos procedimientos pueden coincidir en el tiempo, y ser sustanciados, a su vez, por órganos competentes situados en Estados diferentes⁵⁵.

3.2.3. Las excepciones al retorno del menor

La decisión del retorno inmediato del menor puede verse condicionada por las excepciones contenidas en el propio Convenio. La regla principal de restitución inmediata del menor que se desprende del CLH de 1980 no siempre opera de manera automática. Tras verificar la existencia del traslado ilícito de un menor, será necesario revisar por parte del tribunal requerido, en particular cuando sea invocado por alguna de las partes, si en el supuesto se aprecia cualquiera de los factores que pueden constituir una excepción al retorno inmediato del niño en aplicación de los artículos 12, 13 y 20 del CLH de 1980:

- **Integración del menor en su nuevo medio, siempre que haya transcurrido más de un año desde el inicio del procedimiento correspondiente (artículo 12, párrafo II)**⁵⁶. En lo relativo a esta excepción, el juzgador a la hora de valorar la integración del menor debe tener en cuenta si el ámbito familiar, social y cultural del nuevo entorno son capaces de garantizar el correcto desarrollo del menor, tanto desde un punto de vista

⁵² Fiscalía General del Estado, *doc. cit.*, p. 20.

⁵³ CALVO CARAVACA, L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 604.

⁵⁴ AAP Barcelona 54/2012, de 13 de marzo, Ref. ARANZADI: JUR 2012\195157, FJ 2.

⁵⁵ Fiscalía General del Estado, *doc. cit.*, p. 42.

⁵⁶La integración del menor “constituye un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y el fin del Convenio y de conformidad con sus previsiones, por lo que su valoración es esencial, cuando se trata del procedimiento de inmediata restitución”. STC 16/2016, de 1 de febrero de 2016, FJ 10.

físico como psicológico, para que así sea más ventajosa para el menor la permanencia en el nuevo medio que el retorno a su país de residencia habitual.

- En el caso de que **la persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejerciera de modo efectivo el derecho de custodia, o a su vez, existiera un consentimiento posterior al traslado (artículo 13.I, letra a).**
- **Existencia de un grave riesgo para el menor debido a que la restitución lo exponga a un peligro físico o psíquico o lo pusiera en una situación intolerable (artículo 13.I, letra b).**
- **Oposición del propio menor a su restitución, siempre y cuando el mismo haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiado (artículo 13.II), y siempre que el mismo pueda expresar libremente sus opiniones, sin coerción ni presiones ejercidas por el secuestrador o el entorno.** Es necesario subrayar que la oposición del menor considerado “maduro” no supone la denegación de la restitución de manera automática, sino que únicamente genera la obligación de ser tenida en cuenta por el Juez⁵⁷. Sin embargo, existen supuestos en los que la manifestación por parte de los menores de que su padre les “infundía terror” y “su rechazo a cualquier tipo de contacto continuado con él” puede ser suficiente para denegar la restitución por parte del órgano requerido⁵⁸. Las diversas posibilidades en la valoración de esta excepción ponen en evidencia nuevamente el margen de discrecionalidad con el que cuenta el juzgador del Estado en el que se encuentra el menor trasladado a la hora de dictar la resolución correspondiente.
- **La incompatibilidad entre el Estado requerido y requirente en lo que respecta a la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículo 20).** Esta cláusula de orden público no se encuentra recogida junto con las demás excepciones, con la finalidad de destacar el carácter notoriamente excepcional que la misma presenta a la hora de proceder a su aplicación⁵⁹. Al contrario que las demás causas de no retorno, ésta puede ser apreciada de oficio por parte del juzgador, además de poder ser alegada por el Fiscal en el procedimiento concreto⁶⁰.

⁵⁷AAP Valencia 405/2011, de 5 de diciembre, Ref. ARANZADI: JUR 2012\42019, FJ 2.

⁵⁸AAP de Almería 20/2004, de 6 de febrero, Ref. ARANZADI: AC 2004\568, FJ 1.

⁵⁹Pérez Vera destaca que “ha sido ubicada de manera significativa en el último artículo del capítulo; de esta forma, se ha querido destacar el carácter claramente excepcional que siempre debe tener su aplicación”. PÉREZ VERA, E., doc. cit., §118.

⁶⁰Fiscalía General del Estado, doc. cit., p. 38.

Cabe matizar que, la aplicación de estas excepciones tiene carácter excepcional y deben interpretarse de forma restrictiva⁶¹, tomando en consideración tanto las circunstancias particulares como el interés superior del menor en cada caso en concreto.

En la práctica, la excepción contenida en el artículo 13.I.b) ha sido la principal excepción invocada por las autoridades competentes para denegar la restitución, así como la más alegada por aquél que se opone al retorno del menor. En consecuencia, es abundante la jurisprudencia referente a ella y es también la que genera mayor controversia. Asimismo, ha sido objeto de regulación particular por parte de la normativa europea que aborda la cuestión. La problemática generada ha llevado a Conferencia de la Haya a desarrollar un documento específico, con el objetivo de promover una aplicación lo más uniforme posible del artículo 13.I.b) por parte de las autoridades judiciales y administrativas competentes en los respectivos Estados contratantes del Convenio.

3.3. El riesgo grave para el menor como excepción al retorno

El artículo 13.I.b) se puede considerar como un precepto indeterminado que en la práctica no siempre es sencillo de precisar. Analizamos a continuación su contenido y alcance teniendo en cuenta la jurisprudencia comparada.

3.3.1. Contenido e interpretación de sus términos

El “grave riesgo”, el “daño físico o psíquico” y la “situación intolerable” son los tres elementos clave integrados en la excepción contenida en el artículo 13.I. b) del CLH de 1980.

En primer lugar, la jurisprudencia ha señalado que para apreciar la concurrencia o no de la excepción de grave riesgo que nos incumbe, es necesario que se tengan en consideración los siguientes elementos:

- a) Si existe un grave riesgo de daño físico, psicológico o de otro tipo, de forma que el retorno colocaría al menor en una situación intolerable, y que, en su caso, derive del país de residencia habitual anterior.
- b) Si el daño tiene una intensidad y gravedad suficientemente real como para prevenir que el niño retorne a dicho país.

⁶¹ La Fiscalía General ha apoyado esta afirmación estableciendo que “en tanto a las excepciones a la regla general de restitución, las mismas han de ser objeto de una interpretación restrictiva (...)”. Fiscalía General del Estado, *Ídem*.

- c) Si no existe posibilidad para que las autoridades del Estado del que el niño fue sustraído establezcan las medidas necesarias para que esta situación de riesgo deje de existir⁶².

Por lo tanto, el “grave riesgo” al que se alude en el artículo 13.I.b) del CLH de 1980 puede derivar tanto de un ámbito extrafamiliar como de uno intrafamiliar⁶³. El primero de ellos, se daría en los casos en los que el retorno del menor supusiera que el mismo volviera a “una zona de guerra hambruna, o enfermedad⁶⁴”. En un ámbito de naturaleza intrafamiliar, se deberían observar los casos de abuso o negligencia grave, o de dependencia emocional extraordinaria, siempre y cuando, el país de residencia habitual del menor, por cualquier motivo, sea incapaz o no esté dispuesto a brindarle al menor la protección adecuada ante esta situación.

El riesgo del que hablamos debe ser consecuencia, como se ha mencionado, de un peligro físico o psíquico, o a su vez, de una situación intolerable para el menor. Además, dicho riesgo debe ser extremo, muy probable, objetivo y serio, por lo que resulta necesario que radique en un “peligro” y no en “meros inconvenientes” que surgen a raíz de la restitución del menor a su país de residencia habitual⁶⁵. Asimismo, hay que ser conscientes de que el grave riesgo no sólo puede ser relacionado con un daño eventual, sino que es necesario que exista la posibilidad de que dicho daño se materialice⁶⁶.

En lo que respecta al “peligro físico o psíquico” al que alude el precepto, no encontramos una clara definición de las situaciones que pueden ser consideradas como tal, ya que todo dependerá de las circunstancias y el entorno concreto del menor sustraído, lo que permitirá al juzgador apreciar la existencia de dicho peligro desde el correspondiente margen de discrecionalidad con el que cuenta, siempre teniendo en consideración que el peligro debe ser “elevado” y “serio”⁶⁷. En este sentido la jurisprudencia reitera que no es posible considerar

⁶²Israel, *DZ v YVAMVD*, RFamA 2270/13, Ref. INCADAT: HC/E/IL 1211, §§ 22-23.

⁶³Estado Unidos, *Blondin v. Dubois*, 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001), Ref. INCADAT: HC/E/USf 585.

⁶⁴Este supuesto abordado en una resolución anterior del Tribunal de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos en la que se especificaba que; existe un grave riesgo de daño cuando el regreso expone al menor a un grave peligro antes de la resolución de la disputa de custodia; por ejemplo, por devolver al mismo a una zona de guerra, hambre o enfermedad. Estados Unidos, *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996), Ref. INCADAT: HC/E/USf 82, p. 6.

⁶⁵El nivel de riesgo o peligro requerido para desencadenar esta excepción tiene siempre que ser considerado muy alto. Estados Unidos, *Norden-Powers and Beveridge*, 125 F. Supp.2d 634 (E.D.N.Y.2000), Ref. INCADAT: HC/E/USf 464, p. 5.

⁶⁶Estados Unidos, *Ermini v. Vittori*, 2014 WL 3056360(C.A.2) (2d Cir.2014), Ref. INCADAT: HC/E/US 1273, p.34 y también anteriormente en; Estados Unidos, *Souratgar v. Fair*, 720 F.3d 96 (2nd Cir. 2013), Ref. INCADAT: HC/E/US 1240, p. 720.

⁶⁷CALVO CARAVACA, L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 617.

como grave riesgo el que proviene del hecho de separar al menor del progenitor sustractor⁶⁸, pero sí de sus hermanos, ya que la relación entre los mismos debe protegerse⁶⁹.

En relación con el concepto de “situación intolerable”, no se puede entender que ésta se produzca cuando se retorne al menor a un hogar en el que existan insuficientes recursos económicos o a su vez, la educación sea escasa o no se ajuste a las preferencias del niño. Por el contrario, sí se incluiría en este concepto la situación en la que se retorna al menor a un entorno en el que pueda llegar a sufrir abusos sexuales por parte del progenitor que solicitaba su restitución. Este hecho, supondría exponer al menor protegido a un peligro de daño tanto físico como psicológico inminente⁷⁰.

3.3.2. Extensión y límites

Las excepciones del artículo 13 del CLH de 1980, y en particular la de grave riesgo, deben ser interpretadas de forma restrictiva para así evitar, tal y como Pérez Vera señala “que el Convenio se convierta en papel mojado”⁷¹. Este carácter restrictivo de las excepciones contenidas en el CLH de 1980 ha sido señalado por numerosa jurisprudencia que entiende que, la excepción de grave riesgo debe ser interpretada de manera estricta⁷², además de limitada⁷³. Por lo tanto, para que no quede vacía de contenido la regla de retorno inmediato del menor a su país de residencia habitual anterior⁷⁴, el TEDH en el caso *Maumosseau y Washington v. Francia* determinó que es necesario que el tribunal interprete las excepciones al no retorno estrictamente ya que, por el contrario, tanto los objetivos como el propósito principal del Convenio carecerían de sentido⁷⁵.

Este planteamiento puede observarse también en algunas decisiones de los órganos jurisdiccionales españoles. Así, la Audiencia Provincial de Barcelona⁷⁶ afirma que la constatación y la valoración del riesgo para el menor habrá de interpretarse de forma restrictiva;

⁶⁸STEDH (Sección 3ª), *Maumosseau y Washington v. Francia*, 6 diciembre 2007, Ref. INCADAT: HC/E/FR 942, §63, y también mencionado anteriormente en la resolución; Canadá, *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290, Ref. INCADAT: HC/E/CA 11, p. 554.

⁶⁹*Ermini v. Vittori*, p. 35.

⁷⁰*Blondin v. Dubois*, p. 162.

⁷¹PÉREZ VERA, E., doc. cit., §34

⁷²STEDH, *Maumosseau y Washington v. Francia*, §73.

⁷³*Ermini v. Vittori*, p. 19.

⁷⁴Estados Unidos, *Simcox v. Simcox*, 511 F.3d 594 (6th Cir. 2007), Ref. INCADAT: HC/E/US 1141, p.7.

⁷⁵STEDH, *Maumosseau y Washington v. Francia*, §73.

⁷⁶ En el AAP Barcelona 54/2012, de 13 de marzo, Ref. ARANZADI: JUR 2012\195157, FJ 2, se expone que la excepción de grave riesgo “debe ser valorada de forma restrictiva de manera que solo puede operar en aquellos supuestos en que se pruebe de forma cumplida que el traslado de los menores al país y al lugar, que hasta el momento del traslado ha constituido su hábitat natural, puede colocarlos en situaciones de grave riesgo”.

en el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Málaga⁷⁷ establece que el objeto central en torno al que se debe apreciar el grave riesgo es el menor, riesgo o peligro que, a su vez, debe siempre ser objeto de interpretación restrictiva.

Al carácter restrictivo de la interpretación, debemos sumarle la limitación que supone la relevancia de la carga de la prueba. El primer párrafo del artículo 13 establece que podrá no decidirse la restitución del menor por parte de la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido si “la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que (...)”. En la práctica, la persona a la que corresponde probar la excepción, si la hubiere alegado, es el progenitor que sustrajo al menor. Al hilo de esto, cabe señalar que también aquél que pretende la restitución del menor podrá alegar cualquier medio de prueba que deje sin efecto la excepción del artículo 13.I.b)⁷⁸.

Las evidencias alegadas, deberán ser consideradas por el tribunal competente teniendo siempre en cuenta los intereses y las circunstancias del menor involucrado en el proceso. Este órgano se centrará en evaluar si realmente existe un peligro de riesgo o daño, o de colocar al menor en una situación intolerable. La evidencia de grave riesgo debe ser creíble y, además, deben existir probabilidades de que se materialice, ya que no se puede esperar que un niño no sea devuelto a su país de residencia habitual cuando no sea evidente que el daño se va a producir⁷⁹. Por consiguiente, la prueba que estos casos requiere debe ser clara y rigurosa, tal y como la jurisprudencia ha venido estableciendo⁸⁰.

Junto a esta interpretación restrictiva encontramos algunas sentencias recientes del TEDH, en particular la controvertida decisión relativa al caso *Neulinger & Shuruk v. Suiza*, en la que partiendo del interés superior del niño, considera que las autoridades competentes para decidir sobre la restitución, deben realizar un examen en profundidad de toda la situación familiar y de los factores más relevantes relativos a la restitución, tanto fácticos, como emocionales, psicológicos, materiales o médicos. En opinión del Tribunal debe realizarse una valoración equilibrada y razonable de los intereses de cada persona, siempre teniendo en cuenta como máximo valor cuál puede ser la mejor solución para el niño sustraído en caso de restitución a su país de origen⁸¹. Este planteamiento ha sido luego matizado por la sentencia del

⁷⁷ SAP Málaga 238/2014, de 1 de abril, Ref. ARANZADI: JUR 2014/283843, FJ 3.

⁷⁸REIG FABADO, I. “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. Violencia familiar a doméstica”. Cuadernos de derecho transnacional. 2018, vol.10, núm.1, p. 614.

⁷⁹ Canadá, *Pollastro v. Pollastro* [1999] 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont. C.A.), Ref. INCADAT: HC/E/CA 373, p.6.

⁸⁰*Thomson v. Thomson*, reiterado recientemente por; Canadá, *Habimana v. Mukundwa*, 2019 ONSC 1781, Ref. INCADAT: HC/E/CA 1420, §38.

⁸¹ STEDH (Sección 1ª), *Neulinger & Shuruk v. Suiza*, 8 de enero de 2009, Ref. INCADAT: HC/E/CH 1001, §139.

caso *X. v. Letonia*⁸², donde el Tribunal precisa que no es necesario que el juez realice un examen exhaustivo de la totalidad de la situación familiar, ni analice todos los elementos de cada caso concreto de sustracción. Será suficiente con considerar aquellos elementos que puedan constituir una excepción en virtud de los artículos 12, 13 y 20 del CLH de 1980, en particular cuando se invoquen por una de las partes, y motivar su decisión.

3.3.3. Riesgo grave en casos de violencia de género

Ni el CLH de 1980 ni el R. 2201/2003 proporcionan una solución expresa a los casos en los que la sustracción internacional del menor derive de una situación familiar de violencia. Sin embargo, cabe plantear si la existencia de violencia doméstica puede implicar la existencia de un grave riesgo para el menor en el caso en que éste fuera restituido, y constituir una excepción al retorno obligado de éste. La violencia doméstica entendida como “las distintas formas y grados de abuso físico, psicológico, sexual, emocional, y, en algunos casos económicos” puede dirigirse de manera directa o indirecta al menor. Se ha constatado que la exposición del menor a los efectos de “la violencia de género” dirigida al otro progenitor, puede ser tan grave como el abuso directo al mismo. Sería por tanto necesario valorar en estos casos si realmente el retorno se corresponde con el interés superior del mismo⁸³, o, por el contrario, se podría denegar su restitución sobre la base del grave riesgo contemplado en el artículo 13.I.b).

La apreciación de la existencia de grave riesgo en los casos de violencia doméstica ha sido hasta la fecha bastante limitada. Tradicionalmente, la jurisprudencia ha ajustado su admisión a los casos en los que el abuso conyugal es considerado relevante, en la medida en la que pone en peligro directo al menor, particularmente cuando ocurre en presencia del mismo⁸⁴. Debe tenerse en cuenta que para valorar esta alegación es necesario apreciar el caso en concreto, sin que sea posible establecer esta relación automáticamente o en base a criterios genéricos.

⁸² STEDH (Gran Sala), *X c. Letonia*, 26 de noviembre de 2013, Ref. INCADAT: HC/E/LV 1234.

⁸³ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante Propuesta de Guía), Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños (10-17 de octubre de 2017), Doc. prel. No 3 de junio de 2017, §11-12, disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57>.

⁸⁴ *Ermini v. Vittori*, p. 9.

No obstante, se viene entendiendo que, a pesar de que cada caso depende de sus propios hechos y circunstancias, retornar a un niño a un ambiente violento coloca al mismo en una situación inherentemente intolerable, en la cual se puede llegar a exponer a un riesgo grave de daño psicológico o físico⁸⁵. Así fue puesto de manifiesto en el caso *Pollastro v. Pollastro* en el que el Tribunal de Apelaciones Canadiense tras considerar las pruebas que demostraban “los maltratos verbales y físicos del padre, su violencia, sus problemas con el alcohol y las drogas, la inestabilidad, irracionalidad y hostilidad” determinó que ordenar la restitución del menor de seis meses a California colocaría al mismo “en un ambiente violento y en un grave riesgo de daño”.

Por lo tanto, a pesar de que cada vez es más generalizada la opinión de que en presencia de “malos tratos” hacia la madre la restitución debe negarse, se han dado también casos en los que los tribunales han establecido que incidentes esporádicos o situaciones aisladas de disciplina física dirigida al menor, o a otras personas en presencia del niño, no constituyen un grave riesgo para él. Quedaría por ende a la discrecionalidad del juzgador, determinar en qué supuestos los incidentes de violencia hacía la mujer se pueden considerar o no como esporádicos, para poder así apreciar la existencia de un grave riesgo para el menor que los presencia.

Si atendemos a la carga de la prueba en los supuestos de la violencia doméstica, el progenitor, es decir, la madre, que se opone a la restitución, debe demostrar de manera clara y convincente el abuso físico y/o la propensión al abuso violento por parte del otro cónyuge⁸⁶. Por lo tanto, se entenderá que existen estos tipos de abusos cuando el padre solicitante de la restitución haya abusado del menor, amenazará con hacerlo o inspire miedo al mismo⁸⁷.

Esta última línea de pensamiento fue puesta de manifiesto en el caso *Ermini v. Vittori*, en el que la madre de nacionalidad italiana trasladó a sus dos hijos de 10 y 9 años desde Italia a Estados Unidos. El padre, también de nacionalidad italiana, solicitó ante los Tribunales estadounidenses la restitución inmediata de los menores a su lugar de residencia habitual, esto es, a Italia. Tal restitución fue denegada por el Tribunal de Apelaciones estadounidense invocando el artículo 13.I.b) del CLH de 1980, tras la apreciación del historial de violencia doméstica del padre contra la madre y los niños. Asimismo, en la fase de audiencia, el menor

⁸⁵*Pollastro v. Pollastro*, p. 7.

⁸⁶*Ermini v. Vittori*, p. 28.

⁸⁷*Ermini v. Vittori*, p. 29.

de 10 años declaró que, generalmente, le tenía miedo al padre. Motivo que también se consideró suficiente por parte del Tribunal para denegar la restitución.

Cabe destacar que, dentro del margen de discrecionalidad con el que la autoridad competente cuenta a la hora de adoptar la decisión correspondiente, se viene señalando que en los casos de violencia doméstica no se debe realizar una interpretación rígida del interés superior del menor, sino que se debe comenzar a llevar a cabo una interpretación más amplia de este interés. En este sentido, la nueva jurisprudencia comienza a entender que, en un ambiente de violencia doméstica sobre la madre, a la hora de determinar el interés superior del menor y adoptar una decisión al respecto, sus intereses deben ser analizados con el de sus progenitores, pero siempre desde una perspectiva subordinada y complementaria. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional “el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable”⁸⁸. Ha sido seguramente la necesidad y la demanda social de adaptar las normas del CLH de 1980 a las nuevas situaciones familiares, como es el caso de la violencia de género, las que han llevado a incluir esta ponderación de intereses en la toma de decisiones. Aunque debe señalarse que tales resoluciones constituyen una novedad y son todavía escasas.

3.3.4. Necesidad de reforma y adecuación del sistema

La consideración de las circunstancias que darían lugar a la aplicación de la excepción al no retorno del menor contenida en el artículo 13. I. b) del CLH de 1980 por parte del órgano competente, queda vinculada a la valoración de dicho órgano, lo que en determinadas ocasiones da lugar a resoluciones contradictorias que han sido objeto de crítica. Principalmente, se cuestionan las decisiones de retorno adoptadas en casos en los que la sustracción tiene lugar a causa de la violencia doméstica ya que no se tiene totalmente claro que las medidas de protección del Estado de origen lleguen a ser efectivas y, por tanto, protejan al menor del grave riesgo alegado. En consecuencia, se viene generalizando la opinión de que la priorización en el retorno del menor está desviando la principal finalidad de proteger al menor del peligro a la hora de su retorno⁸⁹.

⁸⁸ STC 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6.

⁸⁹ RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor...”, *op. cit.*, pp. 6-7.

La Conferencia de la Haya se ha manifestado en contra de la necesidad de una modificación del Convenio y apuesta por una mejor aplicación de las reglas contenidas en el mismo. La Séptima reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio ha presentado una propuesta de Guía de buenas prácticas en la aplicación del artículo 13. I. b) (en adelante Propuesta de Guía)⁹⁰, con el objetivo de promover la coherencia en la aplicación e interpretación del precepto en cuestión por parte de las autoridades judiciales y administrativas competentes en cada Estado contratante del Convenio.

Esta propuesta de Guía, además de contemplar unas pautas para garantizar una buena aplicación de la excepción de grave riesgo por parte de las autoridades competentes⁹¹, también establece dos criterios para facilitar su análisis a los juzgadores. El primero de ellos, recomienda al juez examinar si el Estado de origen se encuentra capacitado para adoptar las medidas adecuadas y eficaces para prevenir o atenuar el riesgo grave que se alega sobre el menor. Si esto se cumple, el juez estará obligado a ordenar la restitución del menor, si no, deberá pasar a estimar las pruebas para constatar si existe un grave riesgo sobre el menor. La segunda opción, recomienda que el proceso se produzca a la inversa. Primero se deben evaluar las informaciones y pruebas aportadas para así valorar la existencia del riesgo. Si el mismo es apreciable, se deberá pasar a verificar si existen medidas protectoras suficientes en el Estado requirente, para así proceder a la restitución⁹². En todo caso, cuando el tribunal no esté convencido de la eficiencia y la adecuación de las medidas de protección, la Propuesta de Guía recomienda al juez considerar la no restitución del menor⁹³.

Además, la Propuesta de Guía, recomienda a las autoridades judiciales o administrativas competentes que a la hora de estudiar la concurrencia del grave riesgo se centren en apreciar en qué circunstancias se encontrará el menor en un momento posterior a su retorno, para así considerar la posibilidad de adopción de las medidas pertinentes⁹⁴.

En relación con la violencia doméstica, es destacable que esta Propuesta de Guía no dedica ningún capítulo específico a la misma⁹⁵ y establece que las alegaciones fundamentadas en este tipo de violencia no deben ser consideradas de un modo distinto a otras que sean

⁹⁰ Vid. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Propuesta de Guía*, doc. cit.

⁹¹ *Ibid.*, §§84-90

⁹² *Ibid.*, §§107-122

⁹³ *Ibid.*, §142

⁹⁴ *Ibid.*, §§53-55

⁹⁵ Sí contiene un anexo específico con información sobre el tema y su relación con el secuestro internacional de menores.

invocadas en busca de la protección del artículo 13.I.b) del CLH de 1980⁹⁶. Sin embargo, para los casos en los que la sustracción venga motivada por la violencia de género, la Propuesta de Guía recomienda al juez considerar la adopción de medidas de protección dirigidas al progenitor sustractor. En caso de que el tribunal considere que las medidas adoptadas en este sentido no son adecuadas o eficaces para prevenir el riesgo grave sobre el menor, debería rechazar la restitución del mismo⁹⁷.

3.4. Modificaciones proporcionadas por el R.2201/2003 al sistema del CLH 1980

3.4.1. Procedimiento

3.4.1.1. Precisión y ampliación de la necesidad de audiencia a los interesados

Conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2 del R. 2201/2003, el menor tiene derecho a ser oído durante el procedimiento de restitución en caso de que se apliquen la excepciones al no retorno contenidas en el CLH de 1980. El Reglamento incorporó este requisito de forma novedosa y complementaria respecto a la regulación del CLH de 1980. Aunque el CLH de 1980 contempla, como se ha indicado, la oposición del menor a su restitución como una de las causas de excepción al retorno, no especifica sin embargo en qué supuestos se debe dar audiencia al mismo en este tipo de procedimientos. Esto supone que cada Estado quede vinculado a sus propias normas procesales internas para determinar si el menor debe ser oído. La reforma introducida por el Reglamento obliga a incorporar este requisito a los procedimientos estatales. Su finalidad es poder identificar las preferencias de éste y poder contar con un mayor número de elementos para evaluar y concretar de forma más completa el interés superior del menor en cada caso.

La oposición del menor a su retorno tiene una importancia creciente en estos procesos; en línea con lo previsto en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁹⁸, los tribunales tienden cada vez más a atender y dar mayor relevancia la opinión del menor al respecto. Sin embargo, esto no supone que la oposición a su retorno,

⁹⁶ *Ibíd.*, §29

⁹⁷ *Ibíd.*, §145.

⁹⁸ El propio precepto establece que :

“1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

manifestada por el propio menor en la fase de audiencia, sea siempre determinante para el juzgador, ya que la edad con la que éste cuenta le permite al juez evaluar y considerar hasta qué punto las objeciones expresadas por el niño son “auténticamente suyas” o, por el contrario, son producto de la influencia del progenitor sustractor⁹⁹. De forma excepcional, el juez dependiendo de las circunstancias que concurran en el caso, puede llegar a prescindir de esta audiencia, teniendo en consideración la edad y grado de madurez del menor.

Además, el R. 2201/2003 incorpora una especialidad procedimental respecto al CLH de 1980, ya que, tal y como su artículo 11.5 establece, no se podrá denegar la restitución de un menor “sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución”. Esta oportunidad no sólo debe otorgarse al sujeto solicitante, sino que también a aquél a quien se requiere el retorno del menor. Además, esta exigencia resulta determinante ya que este derecho de audiencia del “sustractor” se constituye como requisito necesario en el procedimiento para la posterior ejecución de la correspondiente resolución en el Estado de origen (artículo 42).

3.4.1.2. Duración del procedimiento

En lo que respecta a la duración del procedimiento, el R. 2201/2003 prevé la obligación de dictar la correspondiente resolución sobre retorno del menor en un plazo máximo de seis semanas después de la interposición de la demanda. A pesar de que el apartado 3 del artículo 11 no especifique que dichas resoluciones deban ser ejecutivas dentro del mismo plazo; “los Estados Miembros deben intentar garantizar que una orden de restitución dictada dentro del plazo establecido de seis semanas tenga fuerza ejecutiva”¹⁰⁰.

Cabe destacar que el plazo previsto para el procedimiento de restitución del menor a su país de residencia habitual juega un papel importante ya que su cumplimiento resulta necesario para garantizar el buen funcionamiento del sistema establecido. Sin embargo, la restitución inmediata del menor no ha sido posible de garantizar en todos los supuestos. Por lo tanto, hablamos de que el plazo de 6 semanas para emitir una orden de restitución contemplado por el R.2201/2003 viene siendo impropio ya que la falta de precisión en este sentido conlleva que surjan dudas en si el plazo se aplica a cada instancia, o si el mismo incluye recursos o a su

⁹⁹ Reino Unido, *A.Q. v. J.Q.*, 12 December 2001, transcript, Outer House of the Court of Session, Ref. INCADAT: HC/E/UKs 415, p. 13.

¹⁰⁰ Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, Oficina de Publicaciones de la UE, Bélgica, 2016, p.56, disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed#>.

vez, la ejecución de una orden de restitución, ampliándose en consecuencia el período que dé lugar a la restitución del menor¹⁰¹. Asimismo, el R. 2201/2003 no contempla ningún límite de tiempo para tramitar la solicitud de restitución por parte de la Autoridad Central receptora, lo que complica en mayor medida la restitución inmediata del menor a su país de residencia habitual anterior.

3.4.1.3. Medidas para asegurar la protección del menor

En este régimen particular, nos encontramos además con el apartado 4 del artículo 11 del Reglamento, donde el legislador europeo impide que el juez competente pueda apreciar las circunstancias establecidas por el artículo 13.I.b) del CLH de 1980, en el caso de que en el Estado de origen se adopten las medidas de aseguramiento adecuadas para garantizar la protección del menor. De esto se desprende que serán las autoridades del Estado Miembro donde residía el menor antes de su desplazamiento, las que deban adoptar, siempre que exista un grave riesgo de daño para el menor en caso de su restitución, las medidas de protección adecuadas para que esta situación no llegue a darse. En caso de que dichas medidas se adopten, el retorno no podrá ser denegado sobre la base del artículo 13.I b), debiendo procederse en todos los casos a su restitución. Sin embargo, si a pesar de existir procedimientos para proteger al menor, el Estado de residencia habitual del menor no ha adoptado las medidas pertinentes, el Estado requerido podrá denegar la restitución¹⁰².

Las modificaciones introducidas por el R. 2201/2003 han sido criticadas desde el principio. Por un lado, se viene cuestionando la compatibilidad de este mecanismo de restitución entre los Estados Miembros con el establecido en el CLH de 1980¹⁰³ debido a la introducción de esta regla sobre la base de “un supuesto uso abusivo del artículo 13.I.b)”¹⁰⁴. En este sentido, principalmente se objeta que no se haya profundizado lo suficiente sobre las razones para considerar que existe tal abuso. Por otro, se manifiesta la dificultad de identificar qué medidas pueden llegar a adoptarse para garantizar la protección del menor, ya que esta

¹⁰¹Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*, Bélgica, 2016, p.2,(en lo sucesivo *Propuesta de refundición*) disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52016PC0411>.

¹⁰²Fiscalía General del Estado, *doc. cit.*, p. 48.

¹⁰³ PRETELLI, I., “Child abduction and return procedures” en recasting the Brussels IIa Regulation (Compilation of briefings for the Committee 8 November 2016), PE 571.383, p.10, disponible en : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU\(2016\)571383_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU(2016)571383_EN.pdf)

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor...”, *op. cit.*, p. 16.

norma en ningún momento especifica o precisa cuáles podrían integrar esta categoría, lo que lleva a proporcionar libertad al Estado de origen para adoptar aquellas que considere necesarias para garantizar dicha protección.

En relación con esta cuestión, la Guía práctica de aplicación del R.2201/2003¹⁰⁵ alude a las posibles medidas de regreso, determinando que deben formalizarse con carácter previo, sin que baste con la simple exposición de las mismas. Todo esto supone que se reproche también a la UE el no haber abordado esta cuestión de manera precisa ya que, de esta forma, se podrían haber ahorrado los problemas de interpretación y aplicación que esta indeterminación viene suscitando entre las autoridades de los EEMM.

3.4.2. Refuerzo del sistema de retorno: el denominado “mecanismo de revisión”

Junto a estas particularidades en el procedimiento de retorno, el R. 2201/2003 introduce un mecanismo que habilita a las autoridades del Estado de origen del menor a decidir si procede o no la restitución del menor, cuando la misma haya sido denegada por las autoridades competentes del Estado requerido con base en alguna de las causas de excepción al retorno contenidas en el artículo 13 del CLH de 1980.

Van a ser las decisiones relativas al “no retorno” del menor, y las excepciones sobre las que se fundan, junto con la posibilidad de “última decisión” favorable al retorno por parte de las autoridades del Estado de residencia habitual del niño, los dos aspectos que en la actualidad plantean mayores problemas de aplicación en los casos de sustracción producidos en el marco UE. A ellos dedicaremos por tanto más adelante una reflexión más detallada.

El “mecanismo de revisión”, también denominado “mecanismo de prevalencia” o de “última palabra”, parte de lo dispuesto en el artículo 11.8 del R. 2201/2003: “Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”. Conforme a esta disposición, el Reglamento otorga la facultad de decidir sobre el retorno del menor, en última instancia, a las autoridades del Estado Miembro de residencia habitual del menor anterior a la sustracción. Por lo tanto, el Estado Miembro legitimado para

¹⁰⁵ Vid. Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, doc. cit.

pronunciarse sobre la cuestión de fondo de la custodia será también quién tiene la última palabra en lo referente al retorno del menor¹⁰⁶.

Además, cabe destacar que la decisión sobre retorno del juez de origen no requiere exequátur en el Estado donde el menor se encuentra, ya que es ejecutable tras su certificación en las condiciones previstas por el artículo 42 del propio Reglamento, sin que su reconocimiento o su fuerza ejecutiva puedan ser impugnadas¹⁰⁷. La supresión del procedimiento de exequátur es excepcional dentro del R.2201/2003, que sí exige el mencionado procedimiento para la ejecución de la mayoría las decisiones relativas a responsabilidad parental. Lo reseñable en este caso es que se trata de la primera norma de carácter europeo que introduce la posibilidad de ejecutar directamente una resolución dictada en un Estado Miembro¹⁰⁸.

Este sistema se fundamenta en la idea de la libre circulación de resoluciones judiciales y de supresión del procedimiento de exequátur como consecuencia del principio de confianza mutua que predomina entre los países parte de la UE, y, sobre todo, del interés superior del menor¹⁰⁹, que se garantiza mediante una mayor rapidez en la restitución a su país de residencia habitual anterior. Los preceptos 40 y ss. del R.2201/2003 permiten proceder a la correspondiente ejecución tanto de las resoluciones sobre el derecho de visita, como de las que acuerden la “restitución de una menor consecuencia de una resolución judicial que ordene dicha restitución”, dictadas en base al mecanismo de revisión de la decisión del Estado Miembro requerido incorporado en el artículo 11.8. Por lo tanto, en estos supuestos, se admite la posibilidad de ejecutar directamente la decisión de retorno del Estado de residencia habitual del menor. Se entiende que los controles que en el Estado requerido realizaría en un procedimiento de exequátur, se verifican aquí en el procedimiento que certifica la decisión como ejecutiva al hilo del cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 42.II del R. 2201/2003¹¹⁰.

¹⁰⁶ Fiscalía General del Estado, *doc. cit.*, p. 51.

¹⁰⁷ REIG FABADO, I., *op. cit.*, p. 617.

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor...”, *op.cit.*, pp. 17-18.

¹⁰⁹ Fiscalía General del Estado, *ibíd.*, p. 45.

¹¹⁰ Estos requisitos son los siguientes:

- a) Si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez
- b) Si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia
- c) Si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13.I.b) del CLH de 1980

Con base en esta regulación, el TJUE en estos últimos años viene protegiendo la posición de los órganos jurisdiccionales del Estado de origen, tal y como reflejó en el asunto *Aguirre Zarraga v. Pelz*¹¹¹. El Sr. Aguirre Zarraga, de nacionalidad española, y la Sra. Pelz, de nacionalidad alemana, con una hija en común, vivían juntos en España hasta finales de 2007, momento en el que iniciaron los trámites de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Bilbao. Este tribunal español atribuyó provisionalmente la custodia al Sr. Aguirre, mientras que a la Sra. Pelz le concedió un derecho de visita. Aprovechando un período de visita, la madre retuvo de manera ilícita a la menor en Alemania. El Sr. Aguirre Zarraga inició el procedimiento de restitución de la menor a España sobre la base del CLH de 1980 ante los Tribunales alemanes. Sin embargo, el retorno fue rechazado por éstos invocando la excepción del artículo 13.II del CLH de 1980 ya que la menor se negó categóricamente a retornar con el padre a España.

En el curso del procedimiento sobre el fondo del derecho de custodia en España, se solicitó la audiencia personal de la menor, así como la de la Sra. Pelz, fijando fecha para llevarla a cabo. Ni la menor ni su madre comparecieron a estas citaciones. Por su parte, la Sra. Pelz solicitó que esta audiencia se realizase por videoconferencia, pero la misma se rechazó por el Juez español. Para poner fin a este procedimiento, el Tribunal español atribuyó la custodia exclusiva a el padre y expidió el certificado relativo a la restitución con arreglo al artículo 42 del R. 2201/2003 que permitía reclamar la vuelta de la menor a España solicitando la ejecución directa de la misma en Alemania.

Los tribunales alemanes rechazaron la ejecución de la resolución de retorno del órgano español (en aplicación del artículo 11.8 del R. 2201/2003) sobre la base de la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la menor (conforme al artículo 24 de la CEDF) debido a que la misma no había sido escuchada el proceso español correspondiente.

El TJUE aclaró que “en circunstancias como las del asunto principal, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución de un menor ilícitamente retenido por considerar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen del que emana esta resolución ha vulnerado el artículo 42 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se

¹¹¹ STJUE, *Aguirre Zarraga v. Pelz*, 22 de diciembre de 2010, Ref. INCADAT: HC/E/DE 1043.

deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, interpretado conforme al artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por cuanto la apreciación de la existencia de tal vulneración compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen¹¹²”.

Asimismo, este Tribunal ha confirmado posteriormente que tampoco es posible oponerse a la ejecución de una decisión certificada, a pesar de que con posterioridad a ser dictada la decisión de restitución correspondiente se haya dado una modificación en las circunstancias que den lugar a un “grave menoscabo al interés superior del/la menor”¹¹³. El TEDH desarrolla un punto de vista similar sobre el asunto en su jurisprudencia¹¹⁴.

Cabe destacar que el “mecanismo de revisión” de las decisiones de no restitución del menor es uno de los puntos del R. 2201/2003 que más peticiones de reforma ha suscitado. Principalmente, la doctrina se viene decantando por eliminar este procedimiento, o en su caso, limitarlo a los casos en los que la decisión de no restitución se base en la apreciación de la existencia de alguna de las circunstancias del artículo 13.I.b) del CLH de 1980. Esta última demanda se fundamenta en el efecto negativo que puede producir en el menor la obligación de pronunciarse otra vez en un segundo procedimiento si en el anterior ya ha manifestado su voluntad contraria al retorno.

Además, se reprochan los retrasos producidos por este mecanismo en la adopción de una decisión definitiva sobre la restitución del menor ya que el R. 2201/2003 no establece un límite de tiempo para que este procedimiento pueda completarse. Asimismo, no queda claro el alcance de este mecanismo de última palabra, ya que no se establece si el mismo también puede ser aplicado en los supuestos en los que la oposición al retorno se fundamente en más de un motivo de los contenidos en el artículo 13 del CLH de 1980. Esto es, no se precisa si en el caso de que el Estado requerido haya adoptado una decisión de no restitución del menor en base a la apreciación de la concurrencia de más de una de las causas de excepción del artículo 13 del

¹¹² STJUE, *Aguirre Zarraga v. Pelz*, §75.

¹¹³ Esta argumentación se vio reflejada en el caso *Povse v. Alpago*, en el que la madre de nacionalidad austriaca había trasladado ilícitamente a su hija desde Italia a Austria. Una vez obtenida la resolución de retorno en Italia, los tribunales austriacos se negaron a ejecutarla al considerar que, de hacerlo, se expondría al menor a un grave riesgo psicológico. Por lo que estas circunstancias llevaron al TJUE a pronunciarse al respecto. STJUE, *Povse v. Alpago*, 1 de julio de 2010, Ref. INCADAT: HC/E/AT 1328, §83.

¹¹⁴ STEDH (Sección 1ª), *Povse v. Austria*, 18 de junio de 2013, Ref. INCADAT: HC/E/AT 1205, §81.

CLH de 1980, el Estado de origen estará legitimado para hacer uso de este “mecanismo de revisión”¹¹⁵.

4. Reformas introducidas por el Reglamento 2019/1111

4.1. La Refundición del R.2201/2003: el R. 2019/1111

El R. 2019/1111 surge a partir de la necesidad de corregir los diferentes puntos débiles y la ineficacia de algunas de las normas que contiene su antecesor en la materia, el R. 2201/2003. Esta nueva norma europea se ha centrado principalmente en una búsqueda de adaptación a las necesidades actuales y un intento de mejorar la efectividad en la aplicación de sus disposiciones, con el objetivo de ofrecer soluciones más eficaces en los supuestos relativos no sólo a la sustracción internacional de menores, sino que también a aquellos sobre responsabilidad parental con elemento internacional o transfronterizo planteados ante las autoridades de los EEMM¹¹⁶. Las cuestiones principales que el nuevo Reglamento debía abordar, tal y como se recogían en la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) (en adelante Propuesta de refundición) adoptada en el año 2016¹¹⁷, son las siguientes:

1. La sustracción internacional de menores, especialmente el procedimiento de restitución de los menores.
2. El acogimiento transfronterizo de un menor, esto es, las situaciones en las que un órgano jurisdiccional o una Autoridad prevea el acogimiento de un menor en una familia o una institución de otro EM.
3. La supresión del procedimiento de exequátur para todo tipo de resoluciones adoptadas en virtud del R. 2019/1111.

¹¹⁵ KRUGER, T; SAMYN, L., “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of private international law*, 2016, vol. 12, núm. 1, p. 159.

¹¹⁶A pesar de que el R. 2201/2003 también regula cuestiones matrimoniales, el TJUE en las veintiséis ocasiones en las que se ha mencionado sobre esta norma, sólo en 4 de ellas lo ha hecho sobre la anterior materia. Por lo tanto, de esta afirmación se desprende la conclusión de que la parte de esta norma europea que mayor problemática suscita era aquella concerniente a la responsabilidad parental. Así lo considera RÓDRÍGUEZ PINEAU, E., en “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.69/1, enero-junio 2017, p. 140.

¹¹⁷*Vid.* Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *Propuesta de Reglamento*, *doc. cit.*, pp. 14-18.

4. La ejecución efectiva de las resoluciones, mediante la introducción de medidas concretas que tienen la finalidad de mejorar la eficacia de la ejecución propiamente dicha.
5. La inclusión de la obligación de que el menor tenga la oportunidad de expresar sus propias opiniones en todo tipo de procedimientos sobre responsabilidad parental.
6. El refuerzo en la cooperación de autoridades.

En lo que se refiere a la sustracción internacional de menores, una de las principales novedades que presenta el R. 2019/1111, es la introducción de un nuevo capítulo dedicado exclusivamente a la cuestión (Capítulo III), en el que se ha pretendido eliminar algunos de los problemas que presenta dentro de la UE el procedimiento de restitución del menor, así como la mejora de la ejecución de las decisiones de retorno. Mediante todo ello, se prioriza en una mayor protección del interés superior del menor, tal y como reiteradamente se menciona en el Preámbulo de esta norma.

4.2. Procedimiento de restitución en el nuevo Reglamento

El legislador europeo ha concentrado sus esfuerzos en reforzar y aclarar las cuestiones claves en lo relativo al proceso de restitución del menor a su país de residencia habitual anterior. En este sentido, el R. 2019/1111 proporciona un incremento de las normas destinadas a regularlo (artículos 22-30), que permite ampliar y concretar diversos aspectos inherentes a esta cuestión. Analizamos a continuación algunas de las principales novedades de este texto legal.

4.2.1. El derecho del menor a expresar su opinión en los procedimientos de restitución

El Reglamento reconoce en términos generales el derecho del menor a expresar sus propias opiniones en todo tipo de procedimientos, dependiendo siempre de su edad y de su grado de madurez, en función de que éstos “tengan capacidad para formarse sus propios juicios” (artículo 21). Este derecho, se extiende a todos los procedimientos relativos a la responsabilidad parental, pero se ha reforzado con una mención expresa para los procedimientos de restitución, en los casos de sustracción internacional de menores. A partir de ahora, el menor cuenta con la posibilidad de audiencia en todos los procesos de restitución (artículo 26) y no sólo en los que concurriere alguna de las circunstancias excepcionales contempladas en los artículos 12 y 13 del CLH de 1980, tal y como se recoge en el R. 2201/2003 en su artículo 11.2. Mediante esta novedosa incorporación, se refuerza la opinión de que el

menor es una de las piezas claves para poder determinar con mayor precisión el interés superior del mismo¹¹⁸.

4.2.2. La incorporación de un plazo común para el procedimiento de sustracción en cada una de sus fases

Al hilo de lo indicado en la Propuesta de refundición, el R. 2019/111 establece un plazo para cada una de las fases del procedimiento de restitución, con el objetivo de evitar los problemas que suponía el plazo de 6 semanas tal y como estaba regulado tanto por el CLH de 1980, como por el R. 2201/2003. Dicha regulación plantea problemas de aplicación, no sólo por la imposibilidad de concentrar en ese plazo todas las fases del procedimiento de restitución, sino también por las dudas que ha suscitado al no precisar si dicho plazo se aplica a cada instancia o, por el contrario, también incluye los recursos y la ejecución de la correspondiente orden de restitución¹¹⁹.

El artículo 24 del R. 2019/111 se refiere también a un período de 6 semanas, pero precisando que corresponde a cada instancia judicial desde la interposición de la correspondiente demanda o recurso, esto es, un total de 12 semanas en caso de que se recurriera la decisión. Así pues, 6 semanas para dictar una resolución sobre restitución del menor (artículo 24.2) y otras 6 para la resolución del recurso (artículo 24.3).

A este plazo, debemos sumarle las seis semanas adicionales para la ejecución (artículo 28), lo que nos lleva a un total de 18 semanas para llevar a cabo la totalidad del procedimiento en el Estado requerido. Mediante esta determinación se puede observar cómo el legislador europeo pretende una mejor protección del interés superior del menor a partir del establecimiento de un plazo unificado común para los EEMM que, por su parte, resulte viable y realista en el marco de este tipo de procedimientos.

4.2.3. Medidas para mejorar la eficacia del sistema en casos de aplicación del artículo 13.I.b) del CLH 1980

La Propuesta de refundición contiene una serie de disposiciones destinadas a corregir algunos de los problemas planteados por la regulación anterior, en relación con la excepción de riesgo grave del artículo 13.I.b) del CLH de 1980. Sin embargo, como se comprobará a

¹¹⁸ RODRÍGEZ PINEAU, E., “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *op. cit.*, pp. 155-156.

¹¹⁹ Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *Propuesta de Reglamento*, *doc. cit.*, p. 3.

continuación, ha dejado pendientes algunas de las cuestiones más controvertidas relativas a esta disposición.

- a) Medidas provisionales o cautelares del juez del Estado requerido: Como medio para favorecer el retorno del menor, en base al artículo 27.5 del R. 2019/1111, el juez del Estado donde se encuentra el menor sustraído puede, si lo considera conveniente, dictar medidas provisionales y cautelares a fin de proteger a éste, tras su restitución, del riesgo contemplado en el artículo 13.I. b) del CLH de 1980. Con ello se ha perseguido un doble objetivo. Por un lado, se ha querido dejar atrás la posición pasiva en la que se encontraba la autoridad del Estado requerido; en la regulación anterior sólo estaba autorizada a constatar que se habían adoptado las correspondientes medidas en el Estado requirente para llevar a cabo la restitución del menor. Y, por otro, mediante esta inclusión se ha pretendido reforzar la cooperación entre autoridades competentes para la adopción de este tipo de medidas, ya que no en todas las ocasiones el Estado de origen se encuentra situado en una mejor posición para adoptar las medidas más convenientes para el menor¹²⁰.
- b) Medidas de las autoridades del Estado de origen: El R. 2019/1111 sigue sin aclarar a qué tipo de medidas de protección se refiere, cuestión que se analizará más adelante con mayor detenimiento.
- c) Desarrollo del procedimiento a seguir una vez denegada la restitución de un menor con arreglo al artículo 13. I. b) y al artículo 13.II del CLH de 1980: El R. 2019/1111 dedica un artículo específico al procedimiento que deberá llevarse a cabo cuando el órgano jurisdiccional del Estado requerido resuelva la no restitución del menor debido a la apreciación de la excepción de grave riesgo para el niño. El artículo 29 del R. 2019/1111 incorpora la exigencia de información entre autoridades, en la línea de lo establecido por el artículo 11 apartado 6 del R. 2201/2003. No obstante, institucionaliza y permite que la comunicación sea más homogénea mediante la emisión de un certificado basado en uno de los formularios específicos publicados por el Reglamento.
- d) Refuerzo de la cooperación entre autoridades: El nuevo Reglamento amplía las posibilidades de cooperación entre las diferentes autoridades de los EEMM de la UE, como vía para conseguir un mejor funcionamiento del sistema en el ámbito europeo. Según dispone el artículo 27.4 del R. 2019/1111, el órgano competente del Estado requerido tiene la posibilidad de comunicarse con las autoridades del Estado de origen,

¹²⁰RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor...”, *op. cit.*, pp. 20-21.

directamente o a través de las Autoridades Centrales en los casos en los que considere una denegación de la restitución conforme al artículo 13. I. b) del CLH de 1980.

Es necesario subrayar que, en la Propuesta de refundición del año 2016, esta posibilidad se establecía como una obligación para el juez del Estado requerido (artículo 25.1) mientras que, de la redacción del R. 2019/1111 se desprende que más bien hace referencia a una posibilidad con la que cuenta el órgano requerido de llevar a cabo dicha cooperación¹²¹. La correspondiente colaboración que nos incumbe debe entenderse junto con los artículos 79 y 80 del R. 2019/1111 en los que se determinan las tareas de las autoridades requeridas, como es el caso de facilitar la localización del menor, proporcionar la información y asistencia solicitada, etc. Esta cooperación no sólo se ciñe a los casos de secuestro, sino que, más bien, está presente en todos los ámbitos de la regulación sobre responsabilidad parental establecida en este Reglamento.

4.2.4. Recomendaciones para casos de sustracción

En la búsqueda de una mejora y mayor operatividad de la regulación europea en esta materia, el R. 2019/1111 propone algunas medidas de carácter no vinculante a tener en cuenta por los Estados. Entre ellas podemos destacar las siguientes:

- a) La mediación como forma alternativa de resolución de conflictos: La Conferencia de La Haya viene subrayando desde hace tiempo, la importancia de la mediación como medio para la solución de los conflictos familiares. En la misma línea se manifiesta el Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles¹²². En este contexto, se ha incluido la mediación como medio alternativo para la solución de los conflictos sobre sustracción internacional de menores (artículo 25). Este aspecto, sin embargo, resulta escaso en su formulación ya que no aporta elementos suficientes para precisar de qué forma podría llevarse a cabo. Debe tenerse en cuenta además lo previsto en el Considerando núm. 43, que menciona brevemente esta vía alternativa, alertando sobre

¹²¹La redacción del artículo 27.4 del R. 2019/1111 que nos interesa destacar es la siguiente; “(...), el órgano jurisdiccional podrá comunicarse con las autoridades competentes del Estado miembro (...)”.

¹²²Comisión de Asuntos Jurídicos (Comisión Europea). *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, en Bruselas, 2016 COM (2016) 542 final, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-542-ES-F1-1.PDF>

la no conveniencia de su utilización en algunos supuestos de sustracción, en particular en los casos de violencia sobre la mujer¹²³.

- b) Tendencia a la especialización y concentración de la competencia territorial en los procedimientos de restitución: La Propuesta de refundición, en su artículo 22, establecía la obligación de los EEMM de garantizar que la competencia territorial para conocer de las demandas de restitución de un menor en los casos de sustracción internacional de menores se concentrase en un número limitado de órganos jurisdiccionales. Esto implicaba una especialización de los mismos como vía para la mejora de los procedimientos de retorno. Se trataba de un intento de evitar los retrasos reiterados en la tramitación de las demandas en esta materia; tales demoras son debidas, en parte, a la falta de especialización de los tribunales que, en la gran mayoría de las ocasiones, no se encuentran familiarizados con este tipo de procedimientos, lo que conlleva en la práctica la ralentización del proceso¹²⁴.

Esta exigencia, presente en el articulado de la Propuesta, se ha quedado en una mera recomendación en el texto definitivo del R. 2019/1111, recogida en su Considerando núm. 41, donde se sugiere a los EEMM que concentren la competencia para estos casos en un único órgano jurisdiccional para todo el país o en un número limitado de ellos, para así poder dar soluciones más rápidas y eficaces en este asunto.

4.3. Las excepciones al retorno del menor en Reglamento 2019/1111

En este punto, es necesario tratar la manera en el que el legislador europeo ha decidido hacer frente a las diferentes críticas suscitadas en torno al artículo 11.4 del R. 2201/2003, en el que se contempla el obligatorio retorno del menor aun concurriendo la excepción tipificada en el artículo 13.I.b) del CLH de 1980 siempre que se demuestre que se han adoptado por el país de residencia habitual las medidas de protección necesarias para asegurar su regreso.

Anteriormente se ha explicado cómo las posturas críticas y los problemas prácticos habían llevado a exigir la concreción de las medidas de protección a las que se hacía alusión en el mismo, para así dejar atrás la incertidumbre jurídica que esto generaba.

En el nuevo Reglamento, el artículo 27.3 establece asimismo la imposibilidad de denegar la restitución en el caso de que el órgano jurisdiccional considerase la posibilidad de

¹²³ La violencia sobre la mujer viene mencionada también en el Considerando núm. 88, además de en el artículo 89 de esta norma.

¹²⁴ RODRÍGEZ PINEAU, E., “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *op. cit.*, p. 143.

no retornar al menor únicamente sobre la base de la excepción contenida en el artículo 13.I.b) del CLH de 1980. La única modificación que el R. 2019/1111 integra viene relacionada con la terminología contenida en el apartado 3 del artículo 27, ya que el legislador europeo ha decidido modificar el término “medidas” por “disposiciones” y precisar un poco más el modo de constatar la adopción de esas medidas. Así, el juez del Estado donde el menor se encuentra no podrá denegar la restitución del menor “si la parte que solicita la restitución del menor demuestra al órgano jurisdiccional, o si consta de otro modo al órgano jurisdiccional, que se ha dispuesto lo necesario para garantizar la protección del menor tras su restitución”.

Únicamente encontramos una referencia más concreta a estas “disposiciones” en el Considerando núm. 45, en el que se proporcionan varios ejemplos: una orden de un órgano jurisdiccional del Estado miembro del país de residencia habitual por la que se prohíba al demandante acercarse al menor, una medida provisional o cautelar por parte de dicho EM por la que se legitime al menor a permanecer con el progenitor sustractor, asumiendo éste el cuidado efectivo del mismo hasta que recaiga la resolución pertinente sobre el fondo de los derechos de custodia tras la restitución, o los servicios médicos oportunos.

A pesar de esta sucinta enumeración de posibles medidas a adoptar que permitan el retorno del menor, el legislador europeo parece no haber considerado de la manera adecuada la controversia que suscita el artículo 11.4 del R. 2201/2003 ya que en ningún momento se describen de una manera suficientemente detallada el tipo de medidas, ni la autoridad competente para adoptarlas y controlarlas, o a su vez, el procedimiento a seguir en estos supuestos. Todo esto, supone que una vez más se vea limitado el correcto funcionamiento del artículo 13. I. b) del CLH de 1980¹²⁵.

4.4. El “mecanismo de revisión” en un marco de supresión de exequátur

El denominado “mecanismo de revisión” de la decisión del EM requerido o “de última palabra” por parte del Estado de origen del menor, se mantiene en el nuevo Reglamento. En la Propuesta de refundición, en su artículo 26, apartados 2 y 3, se recogía de manera similar a lo dispuesto en los artículos 11.6 y 11.7 del R. 2201/2003, incluyendo como novedad la necesidad de especificar el artículo del CLH de 1980¹²⁶ en el que se fundamenta la denegación de retorno

¹²⁵RUIZ SUTIL, M.C., “Implementación del Convenio de Estambul en la Refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Octubre 2018, vol. 10, núm. 2, p. 635.

¹²⁶ En el artículo 26.1 de la Propuesta de refundición se determina que “en toda resolución por la que se deniegue la restitución de un menor, el órgano jurisdiccional deberá especificar el artículo o los artículos del Convenio de La Haya de 1980 en los que se basa la denegación”.

para así activar el mecanismo anteriormente contemplado en el artículo 11.8 del R. 2201/2003. Por lo tanto, el texto de la Propuesta de refundición se mantenía en la línea de dotar de legitimación al órgano del Estado de origen para decidir sobre el retorno del menor, primando su decisión sobre la de no restitución del Estado en el que se encuentra el menor sustraído, fundamentada en cualquiera de las causas de oposición al retorno.

Sin embargo, en el texto del R. 2019/1111 finalmente aprobado, el legislador europeo ha optado por adecuarse a las necesidades actuales y a las demandas suscitadas, limitando este mecanismo “de última palabra” a los supuestos en los que se deniegue la restitución del menor en base a la apreciación del grave riesgo contemplado en el artículo 13.I. b) del CLH de 1980 o la oposición del menor a su retorno contenida en el artículo 13.II del CLH de 1980, tal y como establece su artículo 29.6. Asimismo, el apartado 3 del precepto en cuestión, precisa que esta decisión de retorno tendrá su base en el procedimiento sobre el fondo del derecho de custodia, dejando así atrás la interpretación del artículo 11.8 del R. 2201/2003 que se veía como una segunda instancia adicional para exigir el retorno del menor¹²⁷.

Es de reseñar que esta modificación del “mecanismo de revisión”, se sitúa a su vez en una importante modificación del sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en el nuevo Reglamento, que elimina la exigencia de exequátur para todas las resoluciones que provengan de un EM dentro del ámbito material de este instrumento, en particular a las decisiones relativas a la responsabilidad parental¹²⁸. Uno de los inconvenientes que el procedimiento de exequátur contenido en el R. 2201/2003 presentaba era su coste, además de los retrasos que suponía, afectando de manera negativa a la situación del menor y, más concretamente, al interés superior del mismo¹²⁹. Así el artículo 34 del R. 2019/1111 determina que “las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre cuestiones de responsabilidad parental que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro serán ejecutivas en otro Estado miembro sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva”.

Aun así, las resoluciones que en el R. 2201/ 2003 eran beneficiarias de una ejecución directa, esto es, las decisiones en materia de restitución de menores resultantes del “mecanismo de revisión” y las relativas a un derecho de visita, siguen manteniendo un cierto carácter preferente, y por tanto diferenciado, en esta nueva regulación¹³⁰. Por su parte, estas

¹²⁷RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor...”, *op. cit.*, p. 21-22.

¹²⁸*Ibid.*, p. 22

¹²⁹RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La refundición del Reglamento Bruselas II bis ...”, *op. cit.*, p. 146.

¹³⁰*Ibid.*, p. 151.

resoluciones serán reconocidas en los demás EEMM sin que sea necesario ningún procedimiento especial, y a su vez, sin que sea posible oponerse a su reconocimiento “a menos y en la medida en que la resolución sea declarada irreconciliable con una resolución posterior a que se refiere el artículo 50” (artículo 43.1).

En lo que respecta a estas dos resoluciones privilegiadas, concretamente en lo relativo a la expedición del certificado correspondiente para su ejecución, el nuevo R. 2019/1111 incluye un mayor desarrollo relativo a esta cuestión (Capítulo IV, Sección II, Subsección 3). El artículo 47 establece que, para la expedición del certificado, el juez deberá observar que se cumplen las condiciones previstas en el apartado 3 del propio precepto. Esto es, el mismo deberá comprobar si se ha dado la oportunidad a las partes afectadas a ser oídas, si el menor ha tenido la oportunidad de expresar su opinión conforme a lo dispuesto en el artículo 21, o, en caso de haberse dictado la resolución en rebeldía, que se haya producido una notificación adecuada o, si este no es el caso, que conste de forma inequívoca que el notificado ha aceptado la resolución. Asimismo, en lo que respecta al certificado de una resolución que ordene el retorno del menor a su país de residencia habitual anterior, sólo podrá expedirse en caso de que el órgano jurisdiccional haya tenido en cuenta las razones y los hechos contemplados en la resolución dictada por el EM que denegaba la restitución invocando la existencia de las circunstancias del artículo 13. I. b) o del artículo 13.II del CLH de 1980.

Una vez obtenido el correspondiente certificado, el procedimiento de ejecución de las resoluciones dictadas en otro EM se registrará por las disposiciones contempladas en el EM de ejecución, tal y como el propio artículo 51 del R. 2019/1111 establece.

Cabe determinar que, a pesar de que estas resoluciones siguen manteniendo un régimen preferente en esta nueva regulación, deberemos esperar a que este instrumento comunitario entre en vigor y comience a aplicarse, para así poder observar si en la práctica proporciona la eficacia perseguida.

5. Conclusiones

Cuando hablamos de sustracción de menores en un ámbito internacional, no cabe duda que, en el marco de la cooperación entre autoridades, el CLH de 1980 se sigue consolidando como el instrumento fundamental en la materia. El Convenio se centra de forma prioritaria en asegurar el retorno inmediato del menor a su país de residencia habitual anterior, ya que a la hora de elaborarse esta regulación se tuvo en mente el caso tipo de sustracción que predominaba

en el momento. Por lo que mediante el procedimiento de cooperación establecido se pretendió proteger al menor y , a su vez, garantizar su interés mediante su restitución no sólo a su entorno habitual sino que también a dónde el progenitor que ostentaba su custodia exclusiva. A pesar de que las situaciones se han visto modificadas, a la hora de aplicar el Convenio por las autoridades competentes se sigue identificando el interés superior del menor con su retorno, por lo que la restitución se configura como la regla principal a la hora de adoptar la decisión correspondiente.

Aunque esta regla no opera automáticamente, en la práctica, la aplicación del grave riesgo para el menor como excepción al no retorno, contenida en el artículo 13.I.b) se ha visto limitada. La indeterminación que se desprende de este precepto supone que no sea sencillo de precisar por las autoridades competentes, si en el caso en concreto, concurren las circunstancias que fundamentarían la adopción de la decisión de no restitución del menor. Si a la imprecisión le añadimos el carácter restrictivo que las excepciones al retorno presentan, además del amplio margen de discrecionalidad con el que el juzgador cuenta en estos supuestos, observamos como esta excepción cuenta con múltiples interpretaciones que han derivado en una aplicación que carece de uniformidad entre los juzgadores de los distintos Estados contratantes del Convenio.

En ciertos supuestos, la priorización en el retorno, denegando así la aplicación de la excepción del artículo 13.I.b) alegada, ha provocado que se cuestione el buen funcionamiento del sistema establecido en el CLH de 1980. Sobre todo, en los casos en los que la sustracción ha tenido lugar a causa de la violencia doméstica, ya que no siempre resulta claro valorar si las medidas de protección que se han adoptado por el Estado de origen en estos casos pueden ser realmente efectivas para proteger al menor riesgo existente. En consecuencia, se viene generalizando la opinión de que la priorización en el retorno puede no ser siempre la medida más acorde con el interés superior del menor .

La rígida interpretación que los juzgadores vienen realizando del interés superior del menor ha supuesto que la apreciación de la existencia de grave riesgo en estos casos haya sido bastante limitada. Sin embargo, la jurisprudencia viene poco a poco admitiendo la ponderación de otros intereses y valores a proteger. La existencia de “malos tratos” hacia la madre debería incluirse en ese conjunto de elementos a valorar en una concepción más amplia de lo que constituye el interés superior del menor. Este tipo de resoluciones son escasas hasta la fecha, por lo que tendremos que esperar para observar si la jurisprudencia evoluciona en este sentido, o, por el contrario, se mantienen en la misma línea tradicional.

En un entorno europeo, el R. 2201/2003, al igual que el Convenio, persigue el objetivo de retornar al menor a su EM de residencia habitual anterior para así, principalmente, garantizar su interés. Si el problema que se desprende del Convenio viene relacionado con la aplicación de la excepción de grave riesgo del artículo 13.I.b), esta regulación comunitaria limita aún más su aplicación. El Reglamento ha demandado una mayor precisión a la hora de decidir sobre el retorno del menor, para lo que ha incluido una serie de garantías como el derecho de audiencia del menor cuando se apliquen la excepciones al retorno o, a su vez, la exigencia de retorno del menor siempre que el Estado de origen adopte las medidas adecuadas que le protejan tras su restitución del grave riesgo existente. Por lo tanto, el legislador europeo limita la decisión del Estado requerido, pero en ningún momento precisa las medidas que deben integrar esta categoría. Como era de esperar, esta indeterminación ha desembocado en problemas tanto de aplicación como de interpretación de este precepto por parte de las autoridades competentes de los distintos EEMM.

Asimismo, el Reglamento deja en manos del Estado requirente la última palabra sobre el retorno del menor en los casos en los que se haya adoptado la decisión de no restitución del menor en base de alguna de las excepciones del artículo 13 del CLH de 1980 por parte del Estado requerido. Este poder que se confiere a los tribunales del EM de origen del menor, se viene señalando como uno de los problemas prácticos que impiden el buen funcionamiento del sistema contenido en el Reglamento en el marco europeo.

Así pues, el nuevo R. 2019/1111 pretende hacer frente a las ineficiencias y problemas que su antecesor presenta. Ya para comenzar, no ha llegado a prever en el texto final todo lo que pretendía. Ciertos aspectos obligatorios en la Propuesta de refundición, como la cooperación entre autoridades cuando concurra un grave riesgo para el menor o, la especialización y la concentración de la competencia para los supuestos de sustracción internacional de menores en un número limitado de órganos se han quedado en un intento, incluyéndose como meras recomendaciones en el nuevo Reglamento.

Sin embargo, en otras cuestiones la UE sí que ha decidido ir más allá y adaptarse definitivamente a las demandas doctrinales que se presentaban. De tal forma, ha sucedido con “el mecanismo de revisión” del Estado de origen, que, finalmente, se ha restringido a los casos en los que la decisión de no restitución se base en la excepción de grave riesgo (artículo 13.I.b CLH de 1980) o en la de oposición del menor a su retorno (artículo 13.II CLH de 1980).

Por su parte, este nuevo Reglamento parece haber intentado garantizar el interés superior del menor en cuestión mediante diversas introducciones que afectan al proceso de restitución. El establecimiento de un plazo común en cada una de las fases del proceso, la posibilidad de adoptar medidas cautelares o provisionales por parte del juez requerido que protejan al menor tras su restitución del riesgo del artículo 13.I.b), así como, la posibilidad de audiencia del menor en todos los procesos de restitución se consolidan como las nuevas incorporaciones mejoradas respecto a su antecesor en la materia. Mediante las mismas, se pretende, por un lado, conseguir una mayor celeridad, además de una efectividad, en el procedimiento de restitución, y, por otro, poder llegar a determinar con mayor precisión el interés superior del menor en cada caso en concreto.

No obstante, no todas las incorporaciones pueden ser valoradas de manera positiva. El R. 2019/1111 sigue limitando mucho la adopción de una decisión de no restitución sobre la base del grave riesgo del artículo 13.I.b) de la misma forma que anteriormente lo hacía el R. 2201/2003. Además, continúa sin determinar las medidas, ahora “disposiciones”, a adoptar por parte del Estado requerido para asegurar la protección del menor. Este hecho lleva a suponer que los problemas prácticos que la aplicación de esta disposición se planteaban con su antecesor en la materia, seguirán existiendo.

Este nuevo Reglamento persigue el objetivo de garantizar el interés superior del menor, mediante el establecimiento de un sistema efectivo que consiga el retorno inmediato del menor a su estado de residencia habitual anterior. Como hemos determinado, algunas de las medidas introducidas se pueden considerar mejoradas, mientras que otras, siguen sin superar los problemas de su antecesor en la materia. No obstante, el R. 2019/1111 aún no ha entrado en vigor, por lo que tendremos que esperar a que este instrumento europeo pueda ser aplicado, para de esta manera, determinar si realmente consigue, por un lado, dotar de efectividad real al sistema establecido y, por otro, dejar atrás las deficiencias que el R. 2201/2003 presenta. Además, sólo a partir de su puesta en práctica por las autoridades competentes podremos valorar si realmente ofrece soluciones a los supuestos de sustracción internacional de menores que se adapten a la nueva realidad social que se viene presentando en un entorno europeo.

6. Bibliografía y documentación

a) Bibliografía

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2016, vol. 8, núm.2, pp. 77-91.

CALVO CARAVACA, A. Lúis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional Privado*. Décimo octava edición. Granada, Comares, 2018, pp. 597- 647.

FORCADA-MIRANDA, F. J. “Carencias, necesidad y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”. *Revista Española de Derecho Internacional*. 2016, vol.68, núm 2, pp. 337-346.

KRUGER, T.; SAMYN, L., “Brussels II bis: successes and suggested improvements”. *Journal of private international law*. 2016, vol. 12, núm 1, pp. 132-168.

LÁZARO GONZÁLEZ, I; EZQUERRA UBERO, J.J. “El “derecho de custodia” en la jurisprudencia sobre la sustracción internacional de menores”. *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. 2011, núm. 83-84, pp. 291-336.

LIÉBANA ORTIZ, J.R. “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”. Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, *REDUR* 13. 2015, pp. 83-110.

PRETELLI, I., “Child abduction and return procedures” en *Recasting the Brussels IIa Regulation (Compilation of briefings for the Committee 8 November 2016)*, PE 571.383, pp. 44-16, disponible en:

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU\(2016\)571383_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU(2016)571383_EN.pdf) [fecha de consulta: 1 de febrero de 2019].

REIG FABADO, I. “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. Violencia familiar a doméstica”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2018, vol.10, núm. 1, pp. 610-619.

RÓDRIGUEZ PINEAU, E. “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.69/1, enero-junio 2017, pp. 139-165.

RÓDRÍGUEZ PINEAU, E. “ La oposición al retorno del menor secuestrado: movimiento en Bruselas y la Haya”. *Revista electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*. 2018, núm. 35, pp. 1-31.

RUIZ SUTIL, M.C. “Implementación del Convenio de Estambul en la Refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Octubre 2018, vol.10, núm. 2, p. 615-641.

b) Documentos

Comisión de Asuntos Jurídicos (Comisión Europea), *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, en Bruselas, 2016 COM (2016) 542 final, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-542-ES-F1-1.PDF>

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños (10-17 de octubre de 2017), Doc. prel. No 3 de junio de 2017, disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57>

Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, Oficina de Publicaciones de la UE, Bélgica, 2016, disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed#>

Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*, Bélgica, 2016, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52016PC0411>

Dirección General de Justicia y Consumidores (Comisión Europea), *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, Al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el*

reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, Bélgica, 2014, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0225>

Fiscalía General del Estado, *Circular 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, España, 2015, FIS-C-2015-00006

PÉREZ VERA, E. *Informe explicativo del Convenio de la Haya de 1980*, disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>

c) Legislación

- Internacional

HCCH. Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de agosto de 1987, núm. 202, p. 26099 a 26105.

HCCH. Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de diciembre de 2010, núm. 291, p. 99837 a 99868.

- Europea

Unión Europea. Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 23 de diciembre de 2003, núm. 338, p. 1 a 29.

Unión Europea. Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2 de julio de 2019, núm. 178, p. 1 a 115.

Unión Europea. Carta Europea de los Derechos del Niño. *Boletín Oficial de la Comunidad Europea* C 241, 21 de septiembre de 1992, p. 0067-0073.

Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea* C 83/389, 30 de marzo de 2010.

- España

España. Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1990, núm. 313, p. 38897 a 38904.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de julio de 1889, núm. 206.

España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1990, núm. 313, p. 38897 a 38904.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 2000, núm.7.

d) Jurisprudencia

- Internacional y europea

STEDH (Sección 3ª), *Maumosseau y Washington v. Francia*, 6 diciembre 2007, Ref. INCADAT: HC/E/FR 942.

STEDH (Sección 1ª), *Neulinger & Shuruk v. Suiza*, 8 de enero de 2009, Ref. INCADAT: HC/E/CH 1001.

STEDH (Sección 1ª), *Povse v. Austria*, 18 de junio de 2013, Ref. INCADAT: HC/E/AT 1205.

STEDH (Gran Sala), *X c. Letonia*, 26 de noviembre de 2013, Ref. INCADAT: HC/E/LV 1234.

STJUE, *Povse v. Alpago*, 1 de julio de 2010, Ref. INCADAT: HC/E/AT 1328.

STJUE, *Aguirre Zarraga v. Pelz*, 22 de diciembre de 2010, Ref. INCADAT: HC/E/DE 1043.

- Nacional

STC 16/2016, 1 de febrero de 2016, Ref. ARANZADI: TC 2016\16.

SJP Granada 257/2018, 18 de julio, Ref. ARANZADI : JUR 2018\204233.

SAP Castellón 54/2010, 10 de septiembre, Ref. ARANZADI: JUR 2011\25772.

SAP Málaga 238/2014, 1 de abril, Ref. ARANZADI: JUR 2014\283843.

SAP Gerona 20/2017, 23 de enero, Ref. ARANZADI: JUR 2017\96668.

AAP Almería 20/2004, de 6 de febrero, Ref. ARANZADI: AC 2004\568.

AAP Pontevedra 133/2006, 5 de julio de 2006, Ref. ARANZADI: AC 2010\715.AAP
Valencia 405/2011, 5 de diciembre de 2011, Ref. ARANZADI: JUR 2012\42019.

AAP Barcelona 54/2012, 13 de marzo, Ref. ARANZADI: JUR 2012\195157.

- Comparada

Canadá, *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290, Ref. INCADAT: HC/E/CA 11.

Canadá, *Pollastro v. Pollastro* [1999] 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont. C.A.), Ref. INCADAT: HC/E/CA 373.

Canadá, *Habimana v. Mukundwa*, 2019 ONSC 1781, Ref. INCADAT: HC/E/CA 1420.

Supreme Court of the State of Israel, 10 octubre 2013, *Caso John Doe v. Jane Doe*, Referencia INCADAT HC/E/IL 1316.

Reino Unido, *Hunter v. Murrow* [2005] EWCA Civ 976, Ref. INCADAT: HC/E/UKe 809.

Reino Unido, *A.Q. v. J.Q.*, 12 December 2001, transcript, Outer House of the Court of Session, Ref. INCADAT: HC/E/UKs 415.

Estados Unidos, *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996), Ref. INCADAT: HC/E/USf 82.

Estados Unidos, *Norden-Powers and Beveridge*, 125 F.Supp.2d 634 (E.D.N.Y.2000), Ref. INCADAT: HC/E/USf 464.

Estados Unidos, *Blondin v. Dubois*, 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001), Ref. INCADAT: HC/E/USf 585.

Estados Unidos, *Simcox v. Simcox*, 511 F.3d 594 (6th Cir. 2007), Ref. INCADAT: HC/E/US 1141.

Estados Unidos, *Carrascosa v. McGuire*, 520 F.3d 249 (3rd Cir. 2008), Ref. INCADAT: HC/E/ES 970.

Estados Unidos, *Abbott v. Abbott*, 542 F.3d 1081 (5th Cir. 2008), Ref. INCADAT: HC/E/US 989.

Estados Unidos, *Souratgar v. Fair*, 720 F.3d 96 (2nd Cir. 2013), Ref. INCADAT: HC/E/US 1240.

Estados Unidos. *Ermini v. Vittori*, 2014 WL 3056360(C.A.2) (2d Cir.2014), Ref. INCADAT: HC/E/US 1273.

Uruguay, *XX c/ ZZ s/ reintegro de hijos*, Ref. INCADAT: HC/E/UY 1322.

e) Artículos de prensa

GIL, S. 2019. “María Ugarte ‘la nueva Juana Rivas’, denunciada por ‘secuestrar a su hija’ tres años en Uruguay”. *El español*. [en línea]. 4 de octubre. Disponible en : https://www.elespanol.com/reportajes/20191004/maria-ugarte-juana-rivas-denunciada-secuestrar-uruguay/434207109_0.html [consulta: octubre 2019].

MUCHA, M. ; GONZÁLEZ DE VEGA, B.,2019. “Los 233 niños secuestrados (por sus madres)”. *El mundo*. [en línea]. 8 de abril. Disponible en: <https://www.elmundo.es/cronica/2019/04/08/5ca88aa921efa0ad4b8b4604.html>[consulta: septiembre de 2019].

f) Páginas web oficiales

Ministerio de Justicia [en línea] [fecha de última consulta: 15 de septiembre de 2019]. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/tramites-internacionales/sustraccion-internacional>.

Conferencia de la Haya [en línea] [fecha de última consulta :10 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://www.hcch.net>.

INCADAT. Base de datos sobre sustracción internacional de menores. [en línea] [fecha de última consulta: 10 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.incadat.com/es>.

ARANZADI. Base de datos de legislación jurisprudencia y bibliografía jurídica. [en línea] [fecha de última consulta: 12 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://www.aranzadidigital.es/maf/app/authentication/signon?legacy>.